

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



CONTRATOS INTERNACIONAIS “CHAVE NA MÃO”

TIAGO WEKERLIN MOROZOWSKI

DISSERTAÇÃO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS

Lisboa
2013

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



CONTRATOS INTERNACIONAIS “CHAVE NA MÃO”

TIAGO WEKERLIN MOROZOWSKI

Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Dr. Luís de Lima Pinheiro

Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas

Lisboa
2013

Tiago Wekerlin Morozowski

CONTRATOS INTERNACIONAIS “CHAVE NA MÃO”

Trabalho acadêmico conclusivo (dissertação),
apresentado à Banca Examinadora no Mestrado
Científico da Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa, ano lectivo 2010/2011, como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientação: Prof. Dr. Luís de Lima Pinheiro

Área de Concentração: Direito Comercial Internacional

Data de defesa: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Aos meus pais. Assim como eu, lisboetas por adoção.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luís de Lima Pinheiro. Não só pela integral disposição e imediata disponibilidade com que sempre fui atendido, mas também pela fonte de inspiração de que me serve o seu vasto conhecimento jurídico.

Não poderia também deixar de agradecer-lo pela carta de indicação dirigida ao *Institute of Advanced Legal Studies – University of London*. A estadia em Londres me proporcionou boa fonte de pesquisa acadêmica e ótima experiência de vida.

Agradeço também aos professores Carlos Baptista Lobo, Maria Paula dos Reis Vaz Freire e Eduardo dos Santos Júnior, com os quais tive o prazer de dividir as salas de aula durante o período escolar do Mestrado Científico. Espero um dia fazer jus à grandeza de todos estes mestres.

“Para viajar basta existir.”

Fernando Pessoa.

RESUMO

A atividade econômico-comercial se expande globalmente e de forma muito acentuada após a 2ª Guerra Mundial. O fenômeno da globalização impulsionou a multiplicação dos instrumentos contratuais destinados a amparar os negócios celebrados no âmbito do comércio transnacional. Os ordenamentos jurídicos nacionais raramente conseguem acompanhar o desenvolvimento das práticas comerciais internacionais. Diante disto, os próprios particulares passam a desenvolver soluções jurídicas mais apropriadas às suas necessidades, sobretudo por meio de associações profissionais e de outras organizações internacionais. Neste cenário, sobretudo atendendo à necessidade de crescimento econômico de países menos desenvolvidos, surgem na prática negocial os contratos denominados “chave na mão”, por meio dos quais uma sociedade de engenharia assume a responsabilidade global de concepção, construção e colocação em funcionamento de uma instalação industrial, importando ainda na transferência de tecnologia para que as finalidades estabelecidas em contrato sejam alcançadas. É o estudo destes contratos o objetivo que nos move de agora em diante, buscando definir suas principais características, as obrigações que lhe são inerentes e os meios de resolução de litígios que dele emirjam.

Palavras-chaves: *chave na mão, turnkey, engenharia, construção, unidade industrial, comércio internacional, contratos internacionais, FIDIC, CCI, transferência de tecnologia.*

ABSTRACT

Economic and commercial activities expand globally and very sharply after the 2nd World War. The phenomenon of globalization has boosted the proliferation of contractual instruments destined to support the business transactions within the transnational trade. National legal systems can rarely follow the development of international business practices. Given this, the individuals themselves begin to develop legal solutions best suited to their own needs and goals, particularly through the work of professional associations and other international organizations. In this scenario, especially given the need for economic growth in less developed countries, arises in the practice of international business the so-called turnkey contracts, through which a contractor assumes overall responsibility for design, construction and commissioning of an industrial plant, and shall ensure the transfer of technology to its regular operation. It is the study of these contracts the main purpose that moves us from now on, trying to define their main characteristics, involving obligations and methods of dispute resolution related to the contract.

Keywords: turnkey, engineering, construction, international commerce law, international contracts, FIDIC, ICC, technology transfer.

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURA

§ - Parágrafo

AAA – *American Arbitration Association*

Ac – Acórdão

ALJR – *Australian Law Journal Reports*

Art. – Artigo

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)

BOT – *Build, operate and transfer*

Cass., Civ. – *Cassation, Civil*

CC – Código Civil

CCI – Câmara do Comércio Internacional

CDB – *Combined Dispute Board*

CERD - *Centre for Effective Dispute Resolution*

Cf. – Confirma/conforme

CISG – *Convention on contracts for the international sale of goods* (Convenção de Viena de 1980 sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias)

CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Coord. – Coordenador, coordenação de

CPC – Código de Processo Civil

DAB – *Dispute Adjudication Board*

DB – *Dispute Board*

DL – Decreto Lei

DP – *Dalloz. Recueil périodique ET critique de jurisprudence, de législation ET de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative ET de droit public*

DRBF - *Dispute Resolution Board Foundation*

Ed. - Edição

EIC - *European International Contractors*

ENNA - *Engineering Advancement Association of Japan*

EPC - *Engineering, procurement and construction*

Et. al – “E outros”

FIDIC – *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*

ICC – *International Chamber of Commerce*

ICE - *Institution of Civil Engineers*

ICLR - *International Construction Law Review*

Id - Idem

JDI – *Journal du Droit International*

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária (Portugal)

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NLAV – Nova Lei de Arbitragem Voluntária (Portugal)

OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

op. cit. – Obra citada

org. - Organizador

ORGALIME - *European Federation of Mechanical, Electrical, Electronic and Metal Articles Industries*

p. - Página

PLC – Projeto de Lei Complementar

ss. - Seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) e Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

TCE – Tribunal de Justiça das Comunidades

TUE – Tribunal de Justiça da União Européia

UN – *United Nations*

UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*

UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
I – NOÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS .	19
1. CONCEITO DE CONTRATO – EVOLUÇÃO.....	19
2. A GLOBALIZAÇÃO E O COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	25
3. CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS.....	27
3.1 Caráter “comercial” dos contratos.....	27
3.2 Caráter “internacional” dos Contratos.....	32
II – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS “CHAVE NA MÃO”	40
4. ORIGEM DA EXPRESSÃO E CONCEITO.....	40
5. CARACTERÍSTICAS E IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES	48
5.1 Características gerais dos contratos “chave na mão”	48
5.2. Identificação Das Partes	52
6. VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS CONTRATOS “CHAVE NA MÃO”	53
6.1 Vantagens	53
6.2 Desvantagens.....	56
7. FINANCIAMENTO.....	58
8. MODELOS DE CONTRATO	59
8.1 FIDIC	60
8.2 CCI	61
9. A FORMAÇÃO DO CONTRATO.....	63
9.1 A Seleção da Sociedade de Engenharia	65
9.2 As Negociações Pré-Contratuais	72
9.3 A Conclusão do Contrato	81
9.3.1 A forma e o idioma do contrato.....	81
9.3.2 O preâmbulo.....	84
10. OBRIGAÇÕES DAS PARTES	86
10.1 Obrigações do Cliente	86

10.1.1	O dever de pagamento do preço	86
10.1.1.1	A determinação do preço e do pagamento	87
10.1.1.2	A cláusula de revisão do preço.....	90
10.1.1.3	A garantia de pagamento	91
10.1.2	O dever de cooperação	93
10.1.2.1	O acesso e a posse do local da obra.....	94
10.1.2.2	Assistência com permissões e licenças	95
10.1.3	O dever de discrição.....	96
10.2	Obrigações da Sociedade de Engenharia.....	97
10.2.1	A concepção do projeto (Design).....	98
10.2.2	A execução da obra	99
10.2.3	A aptidão de funcionamento	101
11.	PROPRIEDADE INDUSTRIAL E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA	102
12.	AS CLÁUSULAS DE GARANTIA.....	106
12.1.	A Garantia de Cumprimento ou de Boa Execução do Contrato.....	107
12.2.	A Garantia de Reembolso	109
13.	SUB-CONTRATAÇÃO.....	110
14.	CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR.....	113
15.	CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i>	118
16.	ALTERAÇÕES NO PROJETO E NA EXECUÇÃO DA OBRA – AS “ <i>VARIATION CLAUSES</i> ”	123
17.	ACEITAÇÃO E RECEPÇÃO DA INSTALAÇÃO	127
18.	CLÁUSULA PENAL.....	133
19.	NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS “CHAVE NA MÃO”	140
19.1	Distinção de Outras Modalidades Contratuais	140
19.2	Qualificação	142
19.3	Classificação.....	146
III.	MODOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS E DIREITO APLICÁVEL	149
20.	O QUE HÁ DE ESPECIAL NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NOS CONTRATOS “CHAVE NA MÃO”?.....	149

21. LITIGAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS ESTADUAIS.....	151
21.1 Competência Internacional.....	152
21.1.1 Portugal	154
21.1.1.1 Competência não exclusiva.....	154
21.1.1.2 Competência Convencional.....	162
21.1.1.3 Competência Exclusiva	168
21.1.2 Brasil	173
21.1.2.1 Competência concorrente e exclusiva	173
21.1.2.2 Eleição de foro	177
21.2 Determinação da Lei Aplicável.....	181
21.2.1 A designação pelas partes do Direito aplicável.....	182
21.2.2 Lei aplicável na falta de designação pelas partes	189
22. ARBITRAGEM TRANSNACIONAL	196
22.1. Noção de Arbitragem Transnacional.....	199
22.2. Determinação do Direito Aplicável ao Mérito	204
22.3. Arbitragem Multipartes	214
23. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS	216
23.1 Mediação/Conciliação	217
23.2 Os “Dispute Boards”	221
23.2.1 Dispute Review Boards, Dispute Adjudication Boards e o Combined Dispute Board.....	222
23.2.2 Os Dispute Boards nos modelos de contrato da FIDIC.....	224
23.2.3 O rito dos Dispute Boards	226
23.2.4 Considerações finais em relação aos Dispute Boards	228
CONCLUSÕES.....	230
BIBLIOGRAFIA	239

INTRODUÇÃO

A indústria da construção desempenha um papel importante na economia, ao mesmo tempo em que suas atividades são vitais para a consecução de objetivos nacionais de desenvolvimento sócio-econômico. O setor de construção civil exerce função fundamental na satisfação de uma ampla gama de necessidades físicas, econômicas e sociais, além de contribuir significativamente para o cumprimento de diversos objetivos de desenvolvimento nacional. A sua expansão, a natureza de sua operação e sua presença em todas as atividades de desenvolvimento fazem deste setor um campo atraente para a transferência, adaptação e desenvolvimento de tecnologias úteis desenvolvimento dos países, sobretudo quando se tratam de nações emergentes.

O referido setor foi objeto, nas últimas décadas, de uma transformação sem precedentes, motivada pela combinação de diversos fatores, tais como períodos de recessão econômica, o crescimento exponencial de países em desenvolvimento e a acentuada interdependência entre economias nacionais. Assim, um setor que antes era concebido sob uma perspectiva estritamente nacional, tornou-se hoje em dia um dos centros de atividade mais importantes do comércio internacional.

Não obstante, do ponto de vista jurídico, a evolução e a transformação experimentada pelo setor de construção parece não ter recebido o respaldo legal e doutrinário que o tema merece. Como ocorre com outros importantes setores do comércio internacional, também no da construção civil o desenvolvimento jurídico da matéria foi impulsionado pela atividade de particulares. Estes, especialmente através de associações profissionais e de organizações internacionais voltadas ao desenvolvimento do comércio internacional, elaboraram, no gozo de um poder auto-normativo, contratos-tipo, guias e condições gerais de contratação especialmente adaptadas às suas necessidades, levando em consideração peculiaridades inerentes aos projetos internacionais de engenharia. Assim, a própria prática comercial contribui para o desenvolvimento jurídico da matéria, em uma expressão do que se costumou chamar de Direito autônomo do comércio internacional¹.

¹ Hernández Rodríguez, Aurora, *Los Contratos Internacionales de Construcción "Llave en Mano"*, in *Contratos Internacionales*, Alfonso L. Calvo Caravaca/Luis Fernández de La Gándara (Ed.), Madrid, 1997, p. 1743.

Novas realidades impõem novas necessidades, que por sua vez impõem novas abordagens.

A prática negocial reiterada e constante na celebração de contratos que desempenham uma certa função econômica e que possuem elementos estruturais em comum tende a conformar tipos do tráfico negocial. Especificamente no âmbito dos contratos de engenharia, dentre os diversos métodos existentes para a realização de projetos, que se aperfeiçoam no âmbito do comércio internacional como consequência dos avanços tecnológicos experimentados na área, aquele que parece melhor refletir as transformações ocorridas no setor é o método “chave na mão”.

Ainda que não exista uma definição universalmente sedimentada a respeito destes contratos, é possível afirmar que este método, mais conhecido pela sua denominação inglesa “*turnkey*”, simplifica a tradicional relação tripartida entre cliente, engenheiro e contratado, substituindo-a por uma única relação entre cliente e sociedade de engenharia, assumindo esta última, os deveres relacionados à concepção, construção e devido funcionamento da instalação objeto do contrato.

Como veremos, diversas são as razões que sugerem a utilização deste método. Já adiantando algumas delas, pode-se dizer que esta modalidade contratual oferece um processo mais acelerado e equilibrado de elaboração do projeto e de execução da obra, além de maior facilidade para se alocar a responsabilidade por eventual incumprimento e mais segurança na definição do preço do contrato, o que ocorre normalmente através da fixação de um preço global.

Não obstante, sobretudo por se tratar de uma modalidade contratual não regulada por um regime jurídico específico perante os ordenamentos consultados, são diversos os problemas suscitados no seu estudo.

É a tentativa de lidar com alguns destes problemas que move este trabalho. A busca por uma definição conceitual, o enquadramento jurídico do conteúdo obrigacional do contrato, as formas de resolução de litígios e a determinação da competência internacional e do direito aplicável ao mérito da causa são alguns dos temas que merecerão considerações ao longo do presente trabalho.

Em busca destes objetivos, o estudo será centrado no Direito vigente nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, sendo, no entanto, inevitável que se faça menção a outros ordenamentos jurídicos, bem como à fontes diversas de ordem supraestadual e transnacional.

Quanto ao conteúdo dos contratos, tomaremos como base modelos contratuais elaborados pela *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) e pela *International Chamber of Commerce* (ICC), os quais serão especificados oportunamente.

Desde já, no entanto, nos cumpre uma especificação referente aos parâmetros em que os contratos “chave na mão” serão considerados.

Em primeiro lugar, os contratos que aqui teremos em vista são internacionais. Por nos localizarmos dentro do âmbito de abrangência da disciplina de Direito Comercial Internacional, não nos interessarão aqueles contratos que se inserem exclusivamente dentro da ordem jurídica de um único Estado.

Em segundo lugar, estes contratos são de caráter privado. Não se ignora o fato de que Estados, sobretudo aqueles em desenvolvimento, muitas vezes figuram como parte contratante em contratos “chave na mão”. No entanto, ainda que alguma menção pontual seja feita com relação à participação de entes públicos nestes contratos, iremos nos centrar naqueles de caráter privado, cuja composição envolva unicamente entidades privadas.

Feitas estas considerações, passamos a expor a maneira como o trabalho será desenvolvido.

A presente dissertação compreende, para além da Introdução, três capítulos principais: Noções Gerais sobre Contratos Comerciais Internacionais, Os Contratos Internacionais “Chave na Mão” e Modos de Resolução de Litígios e Direito Aplicável.

O primeiro capítulo, como o próprio título já indica, será voltado a considerações gerais a respeito dos contratos comerciais internacionais. Isto envolve, em um primeiro momento, uma breve análise da evolução do conceito de contrato, bem como das diferentes perspectivas sobre as quais foi inserido ao longo da história. Em um segundo momento, dar-se-á lugar ao estudo dos critérios utilizados para definir, por um lado, o caráter “comercial” dos contratos aqui visados e, por outro, dos elementos que definem a “internacionalidade” dos mesmos.

A partir do segundo capítulo entraremos especificamente na problemática que o tema proposto nos traz. O estudo específico dos contratos internacionais “chave na mão” importará, antes de mais nada, na definição conceitual dos mesmos, apontando a origem da expressão, as suas principais características e o que os diferencia de outros contratos de natureza semelhante, além de enumerar algumas vantagens e desvantagens da utilização do método “chave na mão” para a realização de industriais. Nesta primeira

parte, ainda haverá lugar para uma análise dos métodos de financiamento de projetos desta natureza e dos modelos contratuais que servirão de base para o estudo do conteúdo dos contratos “chave na mão”: o *FIDIC Conditions of Contracts for EPC/Turnkey projects (Silver Book)* e o *ICC Model Contract for Major Turnkey Projects*.

A partir de então, adentraremos à matéria contratual propriamente dita, começando pelo estudo da formação do contrato. Cronologicamente, este estudo tem início pela análise da seleção da sociedade de engenharia que será responsável pelo desenvolvimento do projeto. Segue-se então, para uma abordagem dos deveres a serem observados na fase negocial, além dos atos preparatórios à conclusão do contrato e da formação do consentimento. Por último, a forma e a língua do contrato serão merecedores de alguns comentários.

Em seguida, ainda dentro do segundo capítulo, o estudo do conteúdo dos contratos “chave na mão” passará a ganhar corpo, com a análise das principais obrigações das partes contratantes assumindo destaque. Outros aspectos de grande relevância para estes contratos merecerão atenção neste momento, como a determinação do preço do contrato e as garantias de pagamento e de boa execução do mesmo.

Um importante aspecto do estudo dos contratos comerciais internacionais é análise das suas cláusulas típicas. Sendo assim, não se poderia deixar de considerá-las dentro do contexto dos contratos que aqui temos em vista. Desta maneira, cláusulas como as de *hardship*, força maior, cláusula penal, entre outras, também serão objeto de estudo dentro do segundo capítulo.

Por último, o segundo capítulo ainda comportará a definição da natureza jurídica dos contratos “chave na mão” perante os ordenamentos jurídicos aqui considerados.

O terceiro e derradeiro capítulo irá tratar dos modos de resolução de litígios de que dispõe as partes em um contrato internacional “chave na mão”.

A análise dos meios de resolução de litígios é elemento essencial no estudo de qualquer categoria contratual no âmbito do Direito Comercial Internacional. Esta importância, contudo, é acrescida quando se trata de disputas envolvendo contratos internacionais de construção civil. A sua complexidade técnica, aliada a necessidade de decisões rápidas e eficientes que impeçam grandes paralisações ou aumentos de custo nas obras, entre outros fatores, fazem com que estes contratos assumam certas especificidades em relação a outros contratos comerciais no que toca à problemática da resolução de litígios.

Assim, para além do estudo daqueles meios mais tradicionais de resolução de disputas, como a litigação perante os tribunais estaduais e a arbitragem, serão ainda levados em conta aspectos referentes aos meios alternativos de resolução de litígios, incluído-se aí a mediação e os *dispute boards*.

Tendo em vista que os contratos que nos propusemos a estudar, como veremos adiante, possuem pontos de contato com mais de um Estado e que, ao menos em tese, diversas legislações se apresentam como possíveis reguladoras da relação contratual, cumpre-nos, no que se refere à litigação e a arbitragem, determinar o Direito aplicável ao mérito da causa. Além disso, em relação à litigação que toma lugar perante os tribunais estaduais, caberá ainda a definição do foro competente para dirimir os conflitos, definindo-se assim a competência internacional para estes contratos.

I – NOÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

1. CONCEITO DE CONTRATO – EVOLUÇÃO

O contexto socioeconômico no qual se insere historicamente um instituto jurídico erradia efeitos diretos na formação e desenvolvimento do mesmo. Com os contratos não poderia ser diferente. Criado pelas necessidades experimentadas pelo ser humano ao longo de sua história, o Direito dos Contratos é adaptado e reformulado em consonância com as necessidades e expectativas da sociedade, conforme o grau de evolução em que esta se encontra.

O *contractus*, expressão sinônima de *negotium contractus* ou *contractus negotii* perante o direito romano clássico, compreendia todos os atos voluntários que originavam uma obrigação, quer se tratassem de atos bilaterais ou unilaterais². Para os romanos, em princípio, o *contractus* designava precisamente o vínculo jurídico que se estabelecia entre as partes, limitando-se aos atos destinados a constituir a obrigação, de tal forma que não abrangia todo e qualquer acordo sobre objetos e relações jurídicas, mas apenas aqueles que efetivamente davam origem a obrigações entre as partes³. Quedavam, portanto, excluídos desse instituto os negócios destinados, por exemplo, a criar vínculos familiares ou constitutivo de direitos reais, a dissolver ou a modificar obrigações⁴.

A fim de, desde já, estabelecer um paralelo entre o conceito supramencionado e o conceito moderno de contrato, cumpre-nos atentar à sua noção mais atual. Para *PONTES DE MIRANDA*, contrato “é o negócio jurídico (ou o instrumento público) que

² A palavra *contractus* não era conhecida no antigo Direito Romano, embora já houvesse menção ao *nexum*, uma espécie de contrato formal e solene. Somente a partir do século I da era Cristã é que os textos dos juristas passam a utilizar o termo *contractus*. Enquanto no texto das Institutas de Gaio (3, 89), *contractus* é sinônimo de *negotium contractum*, em sentido que se verá adiante, no direito de Justiniano e seus comentadores, pela primeira vez a expressão *contractus* é empregada no sentido de convenção destinada a criar obrigação. Cretella Neto, José. *Contratos Internacionais do Comércio*, Campinas/SP: Millenium Editora, 2010, p. 286.

³ “O conceito romanista (de *contractus*) retratava a situação da pessoa que contraía uma obrigação, primeiro através das palavras *solenes* e dos gestos *rituais* que caracterizavam os actos jurídicos mais importantes (como o *nexum* e o *stipulatio*), mais tarde mediante a entrega a entrega real ou simbólica de determinadas coisas, a marcar o momento culminante da perfeição do acto”. Varela, Antunes, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 224/225.

⁴ Cf. Ruggiero, Roberto de, *Instituições de Direito Civil*, 2ª Ed., Campinas: Bookseller, 2005, p. 295/296; Varela, Antunes, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 221 e ss; e Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 9ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 194.

estabelece entre os figurantes, bilatealmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue.”⁵ De forma similar, *BARROS MONTEIRO* define o contrato (ou convenção) como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”, e que exige para que possua validade, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei⁶. Com maior enfoque na manifestação de vontade das partes como elemento essencial do instituto, *ANTUNES VARELA* entende o contrato como o “acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”⁷.

Desde logo, é possível, ao se confrontar os conceitos modernos de contrato com a noção de *contractus* proveniente do direito romano clássico, notar a grande evolução na matéria.

Em primeiro lugar, tem-se que o seu conceito sofreu algumas restrições. Enquanto a noção romana de *contractus* abrangia todos os atos voluntários geradores de uma obrigação, quer se tratasse de um ato bilateral ou unilateral, a doutrina e os sistemas legais mais modernos consideram a bilateralidade ou mesmo a plurilateralidade como elemento essencial ao contrato. Por outro lado, tal conceito sofreu uma sensível ampliação. Como vimos, o *contractus* romano limitava-se aos atos destinados a constituir uma obrigação, enquanto atualmente se estende o conteúdo do contrato a outros aspectos da relação obrigacional, bem como a outras classes de relações jurídicas⁸.

A evolução e a formatação do conceito moderno de contrato se dá em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais se destacam a dos canonistas e a escola do Direito Natural⁹.

Os primeiros, ao valorizarem a figura do consentimento, entendiam que a vontade é a fonte da obrigação, pavimentando o caminho para o desenvolvimento dos

⁵ Miranda, Pontes de, *Tratado de direito privado: parte geral – Tomo III*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas/SP: Bookseller, 1ª Ed., 2000, p. 246.

⁶ Monteiro, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 2ª Parte, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 5.

⁷ Varela, op. cit., p. 223.

⁸ Id.

⁹ Para Antunes Varela, deve-se somar a estes dois movimentos, como um dos fatores preponderantes para a concepção da nova fisionomia jurídica do contrato, o *voluntarismo jurídico*. Este movimento, de caráter social, era “estimulado pelas necessidades da burguesia triunfante, interessada em desembacar o comércio jurídico das peias sociais, muitas delas de origem feudal, que desnecessariamente entorpeciam o seu desenvolvimento”. Varela, op. cit., p. 226.

princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. Para os canonistas, a obrigação deve nascer fundamentalmente por meio de um ato de vontade, sendo suficiente uma declaração para criá-la. O dever de respeito à palavra dada e o dever de veracidade justificam a necessidade de cumprimento das obrigações convencionadas, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória das avenças contratuais¹⁰.

A Escola de Direito Natural, por sua vez, inspirada em ideais racionalistas e individualistas, influi na formação e no desenvolvimento histórico do conceito moderno de contrato ao preconizar a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se baseava na vontade livre dos contratantes. Para os jusnaturalistas, o princípio máximo é o de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*)¹¹.

Neste sentido, conclui *ORLANDO GOMES*:

“A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção”.¹²

Os ideais individualistas introduzidos pelas escolas canonista e naturalista atingem seu ápice com o advento do Código Civil Francês e, posteriormente, do Código Civil alemão. Com estes, a autonomia da vontade passa a ocupar uma posição de preponderância no direito obrigacional, distanciando-se cada vez mais do formalismo rigoroso e solene que preponderava no Direito Romano¹³.

Conhecido por ser a primeira grande codificação moderna, o Código Francês de 1804 (também chamado de Código napoleônico), refletia o pensamento dos juristas da época, como, por exemplo, o de que os contratos entre particulares poderiam existir e se

¹⁰ Gomes, Orlando, *Contratos*, atualizado por Humberto Theodoro Júnior, 18ª Ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

¹¹ *Ibid.*, p. 5/6.

¹² *Ibid.*, p. 6.

¹³ Venosa, Sílvio de Sálvio, *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 350/351.

desenvolver de forma livre, sendo sua organização formal relegada a segundo plano, desde que respeitadas as normas comuns válidas para todas as convenções¹⁴.

O cenário no qual se insere a elaboração do Código napoleônico é o da vitória obtida pela burguesia na Revolução de 1789, sedimentando-se no seu texto as conquistas políticas, ideológicas e econômicas desta classe. Disciplinado no seu livro terceiro, dedicado aos “diversos modos de aquisição da propriedade”, o contrato é consagrado como um instrumento da aquisição de propriedade, sendo, por si só, suficiente para tal finalidade. Ao contrário do que ocorria no regime anterior, no qual prevalecia a idéia da propriedade fundiária, em grande parte herdada do modo de produção feudal, o indivíduo passa, com a nova codificação, a ter plena autonomia para contratar e plena condição de ser proprietário. Isto representava, na realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias de que a transferência de bens dependeria apenas da vontade exteriorizada pelos particulares, ao mesmo tempo em que oferecia segurança jurídica ao proprietários contra a privação de seus bens sem que houvesse clara manifestação de vontade neste sentido¹⁵.

Já o Código Civil alemão, conhecido pela abreviatura de suas iniciais BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) e adotado quase um século depois (entrando em vigor em 1º de janeiro de 1900), reflete o direito de um momento histórico diferente. Ainda que, à semelhança do Código Civil francês, seja fortemente influenciado pelo pensamento burguês-capitalista, suas conceituações técnicas demonstraram-se mais avançadas.

No BGB, o contrato passa a pertencer a uma categoria mais ampla: a de negócio jurídico. A criação de uma categoria geral do negócio jurídico, da qual o contrato é espécie, tem por finalidade abranger qualquer relação entre indivíduos destinada a produzir efeitos jurídicos. Desta forma, não só os contratos seriam negócios jurídicos, mas também as relações não patrimoniais. Conforme *ROPPO*¹⁶, essa categoria mais abstrata e geral do contrato afirmou com mais vigor o mito da vontade inviolável e da igualdade das pessoas perante a lei. Ou seja, com a criação dessa figura – negócio jurídico - a proibição da intervenção estatal na liberdade e vontade individual não se daria somente nos contratos ou na propriedade, mas em qualquer negócio jurídico, ou seja, nas relações estabelecidas pelas vontades livres destinadas a produzirem efeitos jurídicos.

¹⁴ Cretella Neto, op. cit., p. 9 *APUD* Dutilleul, François Collard e Delebecque, Philippe. *Contrats Civis et Commerciaux*, 4ª Ed., Paris, Dalloz, 1998, p. 7.

¹⁵ Venosa, op. cit, 2008, p. 348.

¹⁶ Roppo, Enzo. *O Contrato*, Ed. Almedina, Coimbra, 1988, p. 46 a 52.

O Código Civil alemão (BGB), juntamente com o *Code Napoleon*, firmou-se historicamente como grande protótipo de construção legislativa de um sistema de direito privado, especialmente em matéria de disciplina e sistematização jurídica complexa dos atos de circulação de riquezas¹⁷. Não à toa, ambos influenciaram decisivamente na construção dos ordenamentos continentais modernos, inclusive o brasileiro e o português. Enquanto as orientações do Código napoleônico, somados ao BGB e ao posterior Código Civil Italiano de 1865, tiveram eco nos autores portugueses do período que precedeu a Código Civil de 1867, o legislador brasileiro também buscou inspiração nos mesmos estatutos para elaborar o Código Civil de 1916¹⁸.

Como se vê, a preponderância da autonomia da vontade no direito obrigacional e como elemento essencial do negócio jurídico é sedimentada pelos conceitos traçados para o contrato no Código francês e no alemão. No entanto, a noção de contrato consolidada durante a época das grandes codificações do século XIX entra em crise durante a segunda metade do século XX.

A concepção liberal do contrato sofre duros golpes durante o século XX, sobretudo devido a expansão do modelo *keynesiano*¹⁹ de economia, que levou a planificação estatal e regulações do contrato baseadas em interesses de ordem pública. Neste contexto, alguns princípios básicos existentes no período anteriormente citado são afetados. A autonomia da vontade passa a sofrer algumas restrições e o consensualismo passa a ser limitado, já que muitas obrigações surgem da lei e não diretamente da vontade dos contratantes. Para além disso, a força obrigatória dos contratos sofre também restrições de ordem judicial, uma vez que passa a ser permitido aos juízes, em determinados casos, a revisão daquilo que foi convencionado pelas partes. No mesmo sentido, a informalidade resta diminuída aos contratos comerciais e internacionais, já que no resto dos casos reavivaram-se formalismos com finalidade protetiva.

Fazendo menção ao Estado de bem-estar social como um dos promotores desta mudança, *LORENZETTI* afirma o seguinte:

¹⁷ Roppo, op. cit, p. 46/47.

¹⁸ Cf. Almeida Costa, op. cit., p. 197 e Venosa, op. cit., 2008, p. 376.

¹⁹ A escola Keynesiana ou keynesianismo reflete a teoria econômica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes publicada em seu livro *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (*General theory of employment, interest and money*). Em linhas muito gerais, consiste numa organização político-econômica fundamentada na afirmação do Estado como agente indispensável de controle da economia, com objetivo de conduzir a um sistema de pleno emprego.

“El Derecho propio del *Estado de Bienestar* se caracterizó por su carácter instrumental: las normas jurídicas eran un medio para desarrollar objetivos o directrices políticas. Por ello hay una planificación centralizada y el contrato es un instrumento dentro del orden público de dirección económica. Contrariamente a lo sostenido en el período clásico, el orden no surge de una multiplicidad de decisiones individuales descentralizadas, sino de la planificación centralizada. Por esta razón, la regulación se orienta hacia los resultados, más que a las reglas para obtenerlos.”²⁰

O ideal de bem-estar social e a sua consequente política intervencionista provocam uma importante reação nas últimas três décadas do século XX, especificamente durante o período do neoliberalismo. Nesta época, começaram a surgir movimentos que entendiam que as demasiadas regulações e o excesso de intervenções resultavam em um modelo de ineficiência. Defendendo o que costumou se chamar de “autonomia privada plena”, estes movimentos buscavam o retorno ao liberalismo com a máxima eficácia de seus pilares essenciais: liberdade e iniciativa privada.

O momento histórico de surgimento do pensamento neoliberalista, assim como sua bandeira principal, são bem delineados na síntese de *ANDERSON*:

“O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é “O Caminho da Servidão”, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.”²¹

O modelo teórico sugerido postulava o retorno à autonomia privada irrestrita, tendo como ideias a liberdade de mercado, a desregulação, a restrição a atividade dos

²⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos: parte general*, 1ª Ed., Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 26/27.

²¹ Anderson, Perry. *Balanço do neoliberalismo*, in *Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*, SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9.

juízes de revisão e modificação do contrato, o reconhecimento da possibilidade de limitar indenizações, a impugnação dos instrumentos protetivos, entre outros²².

Com a expansão do pensamento neoliberal, novos processos produtivos tomam forma, iniciando-se um processo de acumulação e internacionalização de capitais, ao mesmo tempo em que muitas empresas desterritorializam-se, vindo a se fixar dentro do globo terrestre nos locais mais convenientes para fomentar o aumento de seus lucros.

O desenvolvimento deste processo contribui decisivamente para o surgimento de uma sociedade global, assim como para o enfraquecimento da ordem pública nacional, passando-se a visualizar a possibilidade de adoção de um Direito aplicável de forma igual a diversas nações, o que possui especial relevância na globalização da economia e no cenário dos contratos internacionais, como veremos no tópico seguinte.

2. A GLOBALIZAÇÃO E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

O fenômeno da globalização da economia é caracterizado por ser um processo complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, impulsionado pela superação de antigas restrições de espaço através da minimização de limitações temporais. Soma-se a isso, a enorme dimensão e complexidade alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro²³.

Sobretudo a partir do final da 2ª Guerra Mundial²⁴, torna-se evidente a necessidade de adoção de uma ordem normativa capaz de responder às mudanças radicais ocorridas no seio das relações econômicas internacionais. O desenvolvimento do comércio internacional gerou reflexos na perspectiva macroeconômica e provocou ao mesmo tempo um aumento considerável das operações transnacionais efetuadas pelas empresas. Ganha força a partir daí, como consequência das possibilidades que passam a

²² Lorenzetti, op. cit., p. 27/28.

²³ Faria, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

²⁴ “Após a Segunda Guerra Mundial, os aliados procuram instaurar uma nova ordem econômica assente no liberalismo, evitando o retorno às práticas protecionistas dos anos trinta que tão desastrosos resultados tinham produzido, sendo mesmo vistas como um dos factores responsáveis pelo eclodir da Segunda Guerra Mundial. Assiste-se, então, à institucionalização das relações econômicas internacionais e as taxas de comércio internacional começam a registrar um crescimento notável, superando claramente as taxas de crescimento da produção.” Ferreira, Eduardo Paz; e Atanásio, João. *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico, vol. I: Comércio Internacional*, Almedina:Combra, 2004, p. 20.

ser oferecidas pelos mercados internacionais, o fenômeno de internacionalização das empresas²⁵.

O desenvolvimento do comércio internacional é acompanhado por um aumento do volume das trocas comerciais tranfronteiriças, bem como na variedade, complexidade, rapidez e diversidade do âmbito geográfico no qual se inserem as operações realizadas pelas empresas²⁶. Esta intensificação das relações econômicas internacionais gravita necessariamente pela órbita dos contratos internacionais. Isso porque estas relações se estabelecem entre pontos de oferta e procura situados em locais submetidos a legislações distintas e, portanto, os contratos celebrados muitas vezes fogem à tipicidade daqueles que regulam relações estabelecidas e desenvolvidas entre pontos de oferta e procura situados em um mesmo território e submetidos a uma mesma legislação²⁷.

Nesta esteira, o contrato internacional se traduz em um instrumento jurídico fundamental para o próprio desenvolvimento do comércio internacional, assumindo o status de documento formal por excelência dessa atividade humana²⁸. Para *STRENGER*, “os contratos internacionais são o motor, no sentido estrito, do comércio internacional, e, no sentido amplo, das relações internacionais, em todos os seus matizes”²⁹.

Como se irá observar, não são todas as *relações econômicas transnacionais*, dada a abrangência do seu conceito, que serão aqui estudadas. As relações jurídicas que nos importarão, e nas quais se inserem os contratos objeto deste estudo, são aquelas oriundas das relações do comércio internacional. Mais especificamente, as relações que aqui estudaremos se situam dentro do âmbito do Direito Comercial Internacional, entendido aqui como “a disciplina jurídica que estuda o Direito privado das relações do comércio internacional.”³⁰

Assim, os contratos que aqui temos em vista são os chamados “contratos comerciais internacionais”.

²⁵ Brito, Maria Helena. *Direito do Comércio Internacional*, Almedina: Coimbra, 2004, p. 28.

²⁶ Id.

²⁷ Cretella Neto, op. cit., p. 14.

²⁸ Não obstante a importância adquirida pelos contratos internacionais no cenário globalizado, é válida a menção às observações de Fernando Araújo quanto à fragilidade da contratação internacional. Neste sentido, ver: Araújo, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 137.

²⁹ Strenger, Irineu. *Contratos Internacionais do comércio*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 32.

³⁰ Pinheiro, Luis de Lima. *Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena Sobre a Venda Internacional de Mercadorias, Arbitragem Transnacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 15.

Dito isto, e para que seja possível uma melhor visualização conceitual destes contratos, bem como para um melhor enquadramento dos mesmos de acordo com os critérios de localização lançados acima, iremos analisar primeiramente o caráter “comercial” dos mesmos, para depois analisar o que os leva a serem designados como “internacionais”.

3. CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

3.1 Caráter “comercial” dos contratos

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que o conceito de “relações do comércio internacional”, utilizado para definir o âmbito de aplicação do Direito Comercial Internacional, não se confunde nem se apoia nos mesmos critérios de comercialidade definidos pelo Direito interno, reclamando assim um conceito autônomo que implica uma referência ao comércio internacional³¹.

O termo “comércio internacional” é aplicado em dois sentidos diferentes.

Significa, em uma primeira acepção, o conjunto das transações econômicas realizadas entre Estados. Evidencia-se, neste primeiro sentido, as relações macroeconômicas, próprias das relações econômicas entre Estados, dos tratados internacionais que as regulam, das organizações internacionais que as enquadram e dos processos de integração econômica.

Na segunda acepção, “comércio internacional” irá referir-se às relações entre operadores econômicos que estão em contato com a vida econômica de mais de um Estado, designando, notadamente, relações microeconômicas³².

A existência de mais de um sentido dado à expressão “comércio internacional” influi diretamente para que o termo “Direito do Comércio Internacional” também seja dotado de sentidos variados. Algumas vezes, é possível encontrar o mesmo remetendo

³¹ A necessidade de uma conceituação autônoma se justifica por duas razões principais. Por um lado, o ideal de unificação internacional perseguido pelo Direito Comercial Internacional implica um distanciamento dos particularismos referentes aos critérios de comercialidade indicados pelos sistemas nacionais. Por outro lado, tal conceito deve ser funcional, abrangendo as relações econômicas transnacionais nas quais se identifiquem traços específicos importantes para a aplicação de regimes especiais elaborados pelo legislador internacional ou formados autonomamente no seio do comércio internacional. Cf. Lima Pinheiro, op.cit., 2005 (a), p. 15.

³² “A Microeconomia preocupa-se mais com a análise parcial, com as unidades (consumidores, firmas, mercados específicos), enquanto a Macroeconomia estuda os grandes agregados (Produto Nacional, Nível Geral de Preços etc.) dentro de um enfoque de análise global.” Vasconcellos, Marco Antonio Sandoval de. *Economia: micro e macro*, 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 29. Ver também, neste sentido: Araújo, Fernando. *Introdução à Economia*, Editora Almedina, Coimbra, 2002, p. 55/56.

para o Direito Internacional regulador de relações econômicas entre nações, assumindo assim significado idêntico ao do Direito Internacional Econômico, considerando-se este como o conjunto de regras e princípios de Direito Internacional Público que regula diretamente as transações econômicas entre sujeitos de Direito Internacional.

No entanto, seguimos aqui o entendimento de *LIMA PINHEIRO*, no sentido de que a utilização do termo neste sentido não oferece qualquer vantagem³³.

Diante disto, a acepção na qual melhor se enquadra o termo “Direito do Comércio Internacional” é aquela que o define como o conjunto de normas e princípios que regulam as relações microeconômicas transnacionais, ou seja, relações entre operadores econômicos que transcendam a esfera econômica e social de um único Estado. Caracteriza-se assim o Direito Comercial Internacional pelo seu objeto, qual seja, as relações comerciais internacionais³⁴.

Ainda que perante esta acepção o Direito do Comércio Internacional pudesse abranger, além do Direito privado, disposições de Direito Público (Direito Econômico Internacional e Direito Fiscal Internacional), o sentido em que o adotaremos aqui é aquele já mencionado no tópico acima: o de se apresentar essencialmente como o Direito privado das relações comerciais internacionais.

Este entendimento se coaduna com aquele apresentado no Documento A/6396, de 23/9/1966, da Assembléia Geral das Nações Unidas (cujo objetivo era a promover a harmonização e unificação progressiva do Direito do comércio internacional), conforme se observa do trecho abaixo transcrito:

“For the purposes of General Assembly resolution 2102 (XX) and as used in this report, the expression “law of international trade” may be defined as the body of rules governing commercial relationships of a private law nature involving different countries.”

O Direito Comercial Internacional, no sentido aqui adotado, corresponde à expressão da língua inglesa “*International Business Law*” e à expressão espanhola “*Derecho de los Negocios Internacionales*”, na medida em que as mesmas excluem de sua abrangência o Direito público aplicável a relações do comércio internacional.

³³ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 17.

³⁴ Id.

Quanto à expressão espanhola, aliás, *FERNÁNDEZ ROZAS*³⁵ faz uma esclarecedora distinção com relação ao “*Derecho Económico Internacional*”. Para o autor, este último se estrutura a partir do trabalho realizado por organizações internacionais de cooperação econômica e internacional, o qual vem assumido especial relevância nos últimos trinta anos e que tem por resultado um Direito em formação, cuja finalidade principal é a organização de intercâmbios econômicos e financeiros internacionais. Os destinatários, neste caso, são os Estados e as organizações internacionais, enquanto suas características mais relevantes são a natureza diversificada e flexível das suas regras e os especiais sistemas de solução de controvérsias, como ocorre, por exemplo, no âmbito da OMC. Neste sentido, o Direito Econômico Internacional, resultaria, em primeira linha, da interseção de duas disciplinas, Direito e Economia, e do ajuste de duas atividades, Direito e diplomacia.

Desta maneira, segundo o autor, o “*Derecho de los negocios internacionales*” se diferencia do “*Derecho económico internacional*” em razão da natureza da matéria regulada, em função do seu caráter privado e ainda pelo fator subjetivo, uma vez que possuem destinatários diferentes. Para concretizar esta idéia, parece conveniente trazer a definição feita pelo autor para definir a expressão “*Derecho de los negocios internacionales*”, tendo em vista que a mesma, como já afirmado anteriormente, vai de encontro ao entendimento buscado para o termo Direito Comercial Internacional:

“El Derecho de los negocios internacionales se configura hoy como un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas y está dotado de mecanismos que aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional.”

Especificamente quanto ao critério de comercialidade, como já observado, este possui autonomia em relação aquele definido pelo Direito interno e reporta-se essencialmente ao comércio internacional.

Nesta esteira, a individualização das relações que são abrangidas pelo “comércio internacional”, no contexto que aqui nos revela, é de suma importância para que possamos definir tal critério de comercialidade.

³⁵ Rozas, José Carlos Fernández; Rafael Arena Garcia e Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ªEd., Editora Iustel, Madrid, 2011, p. 43/45.

Tendo por base um critério subjetivo, a expressão “comércio internacional” abrange todas as relações entre empresas que possuam contato relevante com mais de um Estado, o que costumou-se chamar, em inglês, de “*business to business agreements*”. Para além disso, abrange ainda as relações que, conectadas com o exercício de uma atividade econômica, um Estado ou um ente público autônomo estabeleça com um ente empresarial constituído de acordo com o Direito de outro Estado, e que não se limitem exclusivamente à ordem jurídica do sujeito público. Podem, da mesma forma, serem incluídas as relações econômicas estabelecidas entre organizações internacionais e entes empresariais de Direito interno e, por último, certas relações das quais participam profissionais independentes, que na assumem forma empresarial no desenvolvimento da sua atividade³⁶.

Todavia, devem ser excluídas as relações estabelecidas com consumidores finais ou entre consumidores finais, assim como as relações laborais. Isso porque nestas relações verifica-se a hipossuficiência econômica de uma das partes, o que leva a criação de mecanismos legais de proteção da parte mais fraca que não se compatibilizam com a dimensão plena que o princípio da autonomia da vontade alcança em matéria de Direito Comercial Internacional.

O entendimento consagrado no Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais, de 2010, deixa claro que o caráter comercial dos contratos não leva em consideração as distinções tradicionalmente feitas pelas legislações nacionais entre partes ou transações “civis” e “comerciais”. De acordo com o documento, o caráter “comercial” dos contratos é definido por um critério negativo, qual seja, a não inclusão dos “contratos com consumidores” (*consumer contracts*) no âmbito de aplicação dos princípios.

Atentando-se ao fato de que a inclusão de um contrato no rol dos “contratos com consumidores” pode variar conforme a fonte consultada, seja ela nacional ou internacional, o texto do preâmbulo faz a seguinte constatação:

“The criteria adopted at both national and international level also vary with respect to the distinction between consumer and non-consumer contracts. The Principles do not provide any express definition, but the assumption is that the concept of “commercial” contracts should be understood in the broadest possible sense, so as to

³⁶ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 19.

include not only trade transactions for the supply or exchange of goods or services, but also other types of economic transactions, such as investment and/or concession agreements, contracts for professional services, etc. “

Do ponto de vista material, as relações ou transações econômicas consideradas como relações do comércio internacional não se resumem unicamente àquelas que envolvam circulação internacional de bens, serviços e capitais. Mais do que isso, devem ainda ser consideradas como tal as operações de cooperação interempresarial transnacional e as operações de concessão de exploração de bens dominiais, referentes à tutela de bens imateriais.

Diante disto, temos que o critério de comercialidade assume um viés específico no contexto do Direito Comercial Internacional, compatível com o alcance deste enquanto disciplina jurídica autônoma.

As relações comerciais internacionais que aqui temos em vista podem ser identificadas pelos traços específicos que elas assumem.

Em primeiro lugar, tratam-se de relações ou transações entre empresas ou entes equiparados, nas quais os princípios da autonomia da vontade alcança alto grau de amplitude.

Em segundo lugar, tais relações se desenvolvem em um espaço transnacional, no qual se estabelecem princípios, regras e modelos de regulação autônomos em relação aos ordenamentos jurídicos estaduais isolados.

E por fim, tem-se a arbitragem como modo normal de resolução de litígios emergentes destas relações. Inclusive, o âmbito material de aplicação definido por diversos instrumentos internacionais em matéria de contratos internacionais se baseia em critérios semelhantes aos utilizados por algumas Convenções internacionais e legislações internas para definir a “arbitragem comercial internacional”³⁷.

Importante ressaltar que o conceito autônomo de comercialidade que, conforme acima exposto, releva para o Direito Comercial Internacional, releva da mesma maneira para a caracterização do contrato comercial internacional.

Sendo assim, os contratos “chave na mão” que aqui temos em vista são aqueles celebrados por entidades empresariais, caracterizando-se tendencialmente como contratos “privados”, nos quais as partes dispõem de uma autonomia de vontade que é

³⁷ Quanto ao caráter comercial da “arbitragem comercial internacional”, ver tópico 22.1, infra.

própria das relações comerciais internacionais. É verdade que nos contratos “chave na mão” muitas vezes um Estado figura como parte contratante na relação contratual. No entanto, estes não serão aqui considerados³⁸. Por outro lado, ainda que a hipótese pareça de pouca aplicação, são abrangidos aqueles contratos celebrados no exercício de atividades econômicas por profissionais independentes que não dispõem de uma organização empresarial propriamente dita.

3.2 Caráter “internacional” dos Contratos

Quando todos os elementos constitutivos de um contrato, incluindo todas as fases da operação contratual (negociações preliminares, formação, conclusão, execução), se inserem exclusivamente dentro da jurisdição de um único Estado, não havendo qualquer problema de definição do direito aplicável em relação ao mesmo, parece não haver dúvidas que está na presença de um contrato dito “interno”.

Enquanto os contratos internos estão diretamente submetidos ao Direito material vigente na ordem interna, que pode ser de fonte interna ou supraestadual, os contratos internacionais colocam problemas de determinação do Direito aplicável e são, desta maneira, objeto do Direito Transnacional e do Direito material especial regulado por convenções internacionais.

Em outras palavras, nos contratos ditos “internacionais”, aos menos potencialmente, diversas legislações se apresentam como possíveis reguladoras da relação contratual³⁹. Na palavras de *FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN*, “[w]ithout internationality, there can be no conflict of laws.”⁴⁰

No entanto, o critério de exclusão é insuficiente para caracterizar um contrato internacional, havendo-se que recorrer a critérios de internacionalidade para se determinar quando se coloca um problema de conflito de leis.

³⁸ Tendo em vista que os contratos “chave na mão” que aqui estudaremos serão apenas aqueles celebrados entre entidades empresariais, conforme mencionado na nota introdutória, não nos aprofundaremos na questão dos contratos celebrados por sujeitos públicos. No entanto, para uma análise detalhada da matéria, no que concerne às relações comerciais internacionais, ver Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 59/67; e Vicente, Dário Moura, *Direito Internacional Privado: Ensaios III*, Almedina: Coimbra, 2010, p. 171/198.

³⁹ A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de acordo com seu artigo 1º, é aplicável às “situações que impliquem um conflito de leis”.

⁴⁰ Gaillard, Emmanuel; Savage, John. *Fouchard Gaillard Goldman On International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pág. 45.

As soluções adotadas tanto em legislações nacionais quanto em instrumentos jurídicos internacionais vão desde aquelas que se baseiam no estabelecimento ou residência habitual das partes localizados em países diferentes, até as que adotam critérios mais gerais, como o requisito de que o contrato afete os “interesses do comércio internacional”⁴¹. É possível ainda que haja, dentro de uma mesma ordem jurídica, diferentes conceitos de internacionalidade do contrato que serão relevantes para diferentes domínios jurídicos.

Diante da diversidade de critérios “jurídicos” e “econômicos”, objetivos e subjetivos de internacionalidade elaborados pelo legislador, pela doutrina ou pela jurisprudência, cumpre-nos algumas observações a respeito dos mesmos.

Um critério é fundamentalmente subjetivo quando se fundamenta em elementos de conexão pessoais, como a nacionalidade, o domicílio, a sede ou o estabelecimento das partes. Por outro lado, tem-se por critério objetivo aquele baseado em elementos de conexão relacionados a objetos ou fatos, como o lugar da celebração, o lugar da execução e o lugar da situação da coisa objeto do contrato⁴².

Da consideração de elementos objetivos e/ou subjetivos do contrato, foram desenvolvidos, sobretudo pela doutrina e jurisprudência francesas, alguns critérios que merecem menção: *o critério econômico*, *o critério jurídico* e ainda *o critério eclético* ou misto.

O critério econômico foi elaborado pela doutrina francesa a partir do parecer do Procurador-Geral francês Matter no célebre caso “*Péllissier du Besset*” julgado pela Corte de Cassação francesa em 1927⁴³.

A movimentação de bens e serviços através de fronteiras seria, para esta vertente econômica, o indicador da internacionalidade do contrato. Mais especificamente, a existência de um fluxo e refluxo de valores por entre as fronteiras seria o elemento caracterizador da internacionalidade, consagrada da expressão máxima desta vertente: “*flux et reflux de valeurs de part et d’autre d’une frontière*”⁴⁴.

Tal noção de internacionalidade foi progressivamente imposta pela jurisprudência francesa, predominando por alguns anos perante estes tribunais. No entanto, a mesma se demonstrou rigorosa demais para abranger todos os casos

⁴¹ Corresponde ao critério consagrado no art. 1492 do Código de Processo Civil da França e no art. 49 da NLAV de Portugal, para a *qualificação da arbitragem como internacional*.

⁴² Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 72.

⁴³ Cass. Civ., 17/5/1927, DP, 1928, 1, 25, nota Capitant, razões finais Matter.

⁴⁴ Id.

concretos, motivo pelo qual sofreu considerável alargamento posterior pela própria Corte de Cassação francesa. Em acórdão de 14/02/1934, proferido no caso *Banque hypothécaire franco-argentine*, a *Cour de Cassation* entendeu que o caráter internacional de uma operação não dependia necessariamente do domicílio das partes ou do lugar da execução, mas de todos os elementos que devessem ser levados em consideração para imprimir aos movimentos de fundo que ela comporta um caráter que ultrapassasse o quadro da economia interna⁴⁵.

Não obstante a força adquirida pelo critério econômico, a busca por novos métodos de identificação da internacionalidade dos contratos permaneceu ativa, levando ao desenvolvimento do chamado *critério jurídico*.

Segundo este critério, um contrato seria internacional quando possuísse vínculos com mais de um sistema jurídico, verificáveis por meio de atos relativos à sua conclusão ou execução, ou à situação das partes referente à nacionalidade ou domicílio, ou ainda à localização do objeto contratual⁴⁶.

Tal vertente atingiu plena expressão no caso *Hecht*⁴⁷, decidido pela Corte de Cassação francesa em 19/06/1970, e destaca, portanto, três elementos principais de estraneidade do contrato: local da conclusão ou execução, nacionalidade ou domicílio das partes e o objeto do contrato.

Os citados critérios foram criados e experimentados com respeito a contratos comutativos, o que justifica sua análise, uma vez que os contratos que aqui temos em vista são de tal natureza jurídica.

Para os contratos comutativos, os elementos subjetivos parecem insuficientes para a determinação da sua internacionalidade⁴⁸. No domínio destes contratos, é dada grande relevância ao critério econômico há pouco aludido: o da transferência de valores através de fronteiras, desenvolvido pela jurisprudência francesa. No que diz respeito ao Direito dos Conflitos, como bem assinala *LIMA PINHEIRO*,

“o significado deste critério não parece decorrer tanto da importância que a deslocação de valores pode em si assumir, quanto da sua

⁴⁵ Cass. Civ., 14 février 1934, DP, 1934-1-73.

⁴⁶ Rabinovitch, Leon Anselme. *France: Monetary Clauses in International Contracts*, 5 The American Journal of Comparative Law 1956, p. 504 APUD Cretella Neto, op. cit., p. 103.

⁴⁷ Cass. civ. 1e, 4 juillet 1972, J.D.I. 1972.843, n. Oppetit. Este caso é também considerado um marco na consagração da autonomia da cláusula compromissória.

⁴⁸ Quanto a caracterização da internacionalidade dos contratos de empreendimento comum, ver Pinheiro, Luis de Lima, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Editora Almedina, Coimbra, 2003, p. 502/535.

idoneidade para demonstrar a existência de laços materiais das partes envolvidas com a vida econômica de Estados diferentes e que a relação entre elas estabelecida diz efectivamente respeito a centros de actividade e bens situados em países diferentes.”⁴⁹

É verdade que a análise do contrato sob uma perspectiva econômica pode se mostrar suscetível de resolver as mais frequentes dificuldades de caracterização internacionalidade de modo adequado às necessidades do comércio internacional. Porém, o critério econômico ainda assim não perde seu caráter vago, sobretudo pelas dificuldades de aplicação que suscita e pelas maneiras divergentes que admite ser aplicado. Por sua vez, o critério jurídico também não parece oferecer grande segurança em sua aplicação, tendo em vista que exige a determinação dos elementos de conexão considerados relevantes para provocar a internacionalidade do contrato⁵⁰.

O reconhecimento da ineficiência dos referidos critérios para, isoladamente, definir o caráter internacional do contrato, fez surgir novas abordagens doutrinárias que passam a adotar o critério econômico de forma incorporada ou integrada ao critério jurídico⁵¹.

Este prisma de análise fez com que outro critério, mais consentâneo com a realidade dos contratos internacionais passasse a preponderar. O chamado *critério eclético (ou realista ou misto)*⁵² consagra como elemento preponderante de internacionalidade a relevância do centro de gravidade do contrato em relação um dado sistema jurídico⁵³. Nesta vertente, para *BAPTISTA*, “é a importância do elemento de estraneidade que determina o caráter internacional do contrato”⁵⁴.

A definição de *STRENGER* traduz bem a visão eclética do conceito de internacionalidade. Para o autor, os contratos comerciais internacionais podem ser definidos como

“todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais,

⁴⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 72/73.

⁵⁰ Brito, op. cit., p. 147/148.

⁵¹ Ibid. P. 148.

⁵² Cf. Baptista, Luis Olavo, *Contratos Internacionais*, Lex Editora, São Paulo, 2010, p. 26 e Cretella Neto, op. cit. p. 112 e ss.

⁵³ Cretella Neto, op. cit., p. 112.

⁵⁴ Baptista, op. cit., p. 26.

pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.”⁵⁵

Perante o Direito Brasileiro, o Decreto-Lei nº 857, de 1969, pode ser útil como guia para determinar a internacionalidade dos contratos. Em seu art. 2º, o citado Decreto-Lei traz exceções à regra geral de vedação à utilização de moeda estrangeira no Brasil, dispondo que a mesma não se aplica:

- “I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;
- II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;
- III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;
- IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;
- V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.”

Veja-se que enquanto os dois primeiros incisos empregam o critério econômico de internacionalidade, consubstanciado no fluxo e refluxo através de fronteiras (importação e exportação), os dois últimos incisos lançam mão do critério jurídico (domicílio, residência ou ainda a acessoriedade do contrato).

O ecletismo da solução é evidente, tendo em vista que, no mesmo dispositivo legal, o legislador brasileiro optou por diferentes elementos de estraneidade, variando entre critérios objetivos e subjetivos na definição da internacionalidade.

Também perante outros sistemas jurídicos o critério eclético se consolida.

Em decisão no caso *Béhar c. Monoceran*, de 1982, a Corte de Apelação de Toulouse fixou um critério que compreende elementos econômicos e jurídicos para a definição de internacionalidade. Segundo o entendimento da Corte, diante da

⁵⁵ Strenger, op. cit., p. 84.

dificuldade de se fixar a noção de internacionalidade do contrato, a jurisprudência retém elementos que permitem caracterizá-la, sendo alguns deles de caráter jurídico e outros de caráter econômico, revelando-se assim a adoção de critério eclético nos moldes acima descritos⁵⁶.

Nos Estados Unidos, A Corte Suprema, no caso *Scherk v. Alberto Culver*⁵⁷, após anos de tramitação do processo perante os tribunais inferiores, decidiu pela internacionalidade do contrato em questão por meio de uma análise flexível dos diversos elementos de estraneidade presentes na relação contratual, quais sejam: a nacionalidade das partes e o centro de seus interesses; o lugar das negociações, da assinatura do contrato e o da celebração do mesmo, além do objeto do contrato.

Pode-se dizer, feitas as devidas considerações, que perante o critério eclético ou realista, o caráter internacional do contrato será apurado perante o caso concreto, através de critérios flexíveis que levem em conta ainda os interesses legítimos das partes.

Alguns instrumentos internacionais recorrem também a critérios flexíveis. Os comentários do Preâmbulo dos Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, ao tratar da questão da internacionalidade, deixa claro que o caráter internacional do contrato deve ser interpretado da forma mais ampla possível, excluindo apenas aquelas situações em que não há qualquer elemento internacional envolvido⁵⁸. Já a Convenção Interamericana sobre a lei Aplicável aos Contratos Internacionais, em seu art. 1º, nº 2, estabelece que um “contrato é internacional se as partes do mesmo têm a sua residência habitual ou o seu estabelecimento em Estados partes diferentes, ou se o contrato tem contatos objetivos com mais de um Estado parte.” Abre-se a possibilidade,

⁵⁶ Toulouse, 26 octobre 1982, Béhar c/ Monoceran, *Clunet*, 1984, p. 603, nota Synvet APUD Baptista, op. cit., p. 27.

⁵⁷ U.S. Supreme Court, *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), Argued: April 29, 1974 Decided: June 17, 1974. Relato do caso disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/case.html>.

No mesmo sentido, outro *leading case* é o *Bremen v. Zapata*. The *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* - 407 U.S. 1 (1972), No. 71-322, Argued March 21, 1972, Decided June 12, 1972. Relato do caso disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html>.

⁵⁸ “The international character of a contract may be defined in a great variety of ways. The solutions adopted in both national and international legislation range from a reference to the place of business or habitual residence of the parties in different countries to the adoption of more general criteria such as the contract having “significant connections with more than one State”, “involving a choice between the laws of different States”, or “affecting the interests of international trade”. The Principles do not expressly lay down any of these criteria. The assumption, however, is that the concept of “international” contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only.” The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Preamble, 2010, p. 2/3.

assim, da consideração flexível de critérios diversos, tanto objetivos quanto subjetivos, para a definição da internacionalidade.

Esta análise flexível das circunstâncias do caso concreto se coaduna com o critério geral dos *interesses do comércio internacional*, desde que se entenda o mesmo no sentido de uma ponderação geral dos diversos elementos relevantes para determinar se uma dada relação econômica deve ou não ser objeto do regime especial aplicável aos contratos internacionais⁵⁹.

Este critério é consagrado em diversas legislações para qualificar uma arbitragem como internacional⁶⁰. É o caso das legislações francesa (art. 1492^a NCPC), portuguesa (art. 49^o NLAV) e espanhola (art. 3^o, 1, c, da lei 63/2003)⁶¹.

Entendemos aqui, em consonância com a linha de pensamento de *LIMA PINHEIRO*⁶², que o critério da afetação dos interesses do comércio internacional transcende a visão puramente econômica da sua aplicação, como seria, por exemplo, reconduzi-lo simplesmente à ideia de transferência de bens por sobre fronteiras. Mais do que isso, na aplicação deste critério, deverão ser atendidos os laços objetivos existentes entre os principais elementos da relação controvertida e a economia de mais de um Estado. A perspectiva macroeconômica fica em segundo plano, enquanto o elemento preponderante é justamente a circunstância de as partes se situarem numa posição que justifique a aplicação do regime especial dos contratos internacionais, em decorrência dos laços, sejam eles econômicos ou jurídicos, subjetivos ou objetivos, que se estabeleçam com diferentes Estados no momento da celebração do contrato ou durante sua execução.

A adoção de critérios flexíveis também se destacada na definição de *CRETELLA NETO*, quando este afirma que a internacionalidade de um contrato é revelada por meio de critérios jurídicos e/ou econômicos relevantes para o contexto do contrato, atendendo-se sempre aos interesses do comércio internacional⁶³.

Parece claro, a partir da análise feita, que não há uma fórmula específica que seja capaz de determinar a internacionalidade de um contrato. A diversidade com que se apresentam as relações do comércio internacional impede a identificação de um padrão

⁵⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 77.

⁶⁰ Quanto a determinação da internacionalidade da arbitragem, ver ponto 22.1, infra.

⁶¹ O Anteprojeto da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais também fazia referência a “situações tendo um caráter internacional”, mas a expressão acabou sendo substituída no texto final por “situações que impliquem um conflito de leis”.

⁶² Lima Pinheiro, op. cit., 2005, (a), p. 79.

⁶³ Cretella Neto, op. cit., p. 115.

rígido que permita a adoção de um critério único e pré-determinado para identificação da internacionalidade dos contratos celebrados em seu âmbito. Esta realidade reclama a adoção de um critério amplo, que possibilite certa flexibilidade na determinação dos elementos capazes de definir tal internacionalidade no caso concreto.

Isto posto, pode-se dizer que são internacionais os contratos “chave na mão” que, por alguns dos seus elementos ou alguma das suas circunstâncias, se encontre em contato com mais de uma ordem jurídica e, portanto, aos menos em tese, diversos ordenamentos jurídicos se apresentem como possíveis reguladores da relação contratual. As partes nestes contratos, para tanto, devem se situar numa posição que induza à aplicação do regime especial dos contratos internacionais, em decorrência dos laços relevantes que se estabeleçam com diferentes Estados no momento da celebração do contrato ou durante sua execução.

II – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS “CHAVE NA MÃO”

4. ORIGEM DA EXPRESSÃO E CONCEITO

Não se pode dizer que a utilização da expressão “*chave na mão*” é recente e muito menos que é aplicada exclusivamente no campo dos contratos comerciais internacionais. No entanto, é neste último, mais especificamente na área dos contratos internacionais de engenharia, que lhe foi atribuída particular importância.

O termo em português faz referência direta a expressão anglo-saxã “*turnkey*”, a qual tudo indica tenha origem nos setores industriais de construção e de óleo e gás norte-americanos, de onde logo se propagou para outros setores da indústria e do comércio internacional⁶⁴.

Ao mesmo tempo em que passou a ser largamente utilizado, em especial no âmbito do comércio internacional, o termo “*turnkey*” passou também a gerar dúvidas a respeito de sua real definição, muito pelo fato de não ser uma expressão criada conforme aspectos estritamente técnicos. Em 1969, diante da oportunidade que teve, o Tribunal Superior da Austrália se absteve de conferir à expressão “em uma base *turnkey*” um significado próprio, considerando apenas que uma sociedade de engenharia que tivesse apresentado seus projetos para aprovação por parte de profissionais contratados pelo cliente estaria, assim, dispensada de qualquer responsabilidade adicional no que concerne ao projeto⁶⁵. Em defesa do tribunal australiano, afirmou-se na época que tal expressão não possuía um significado aceito naquele território. No entanto, houve a argumentação por parte dos advogados envolvidos no caso de que a expressão “*turnkey*” abrangia ainda o treinamento de pessoal e a transferência de tecnologia após a finalização da estrutura física da unidade industrial⁶⁶.

O modelo “chave na mão” recebe esta denominação porque, uma vez concluída a instalação, a grosso modo, só seria necessário virar a chave para colocá-la em funcionamento. Esses contratos são muito utilizados na contratação para construção de

⁶⁴ Schneider, Michael E. *Turnkey Contracts - Concept, Liabilities, Claims, in International Construction Law Review*, Lloyd's of London press ltd, (1985-86) 3 I.C.L.R, p. 338.

⁶⁵ Cable Ltd v. Hutcherson (1969) 43 A.L.J.R. 321.

⁶⁶ Wallace, I.N.D. *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, Sweet & Maxwell, London, 1986, p. 433.

indústrias de produção de tecnologia cara e complexa, como as indústrias química, farmacêutica, refinarias de petróleo ou grandes obras de infra-estrutura⁶⁷.

Apesar de tal expressão até hoje não ser dotada de um significado universalmente aceito, os referidos contratos podem ser definidos através do reconhecimento de seus elementos principais. Nos contratos *turnkey* (também conhecidos como “*chave na mão*” em português, *clé en main* na França, *turnkey vertrag* ou *schlussferting* na Alemanha, *llave en mano* na Espanha, *chiavi in mano* na Itália e *clés sur la porte* na Bélgica), a responsabilidade contratual da sociedade de engenharia (*Contractor*) não se limita à concepção e à realização de uma instalação ou de um complexo industrial, mas inclui ainda assegurar a sua aptidão funcional, colocando o projeto em efetivo funcionamento de acordo com as especificações contratuais acordadas⁶⁸.

Como veremos adiante, quando tratarmos das características, bem como das vantagens e desvantagens destes tipos de contratos, é insito ainda aos mesmos que exista a previsão contratual de transferência de tecnologia e/ou de assistência técnica da sociedade de engenharia ao cliente, uma vez concluída a execução do projeto.

Apesar de assumirem assiduamente a forma de contratos internacionais e da tendência em se desenvolverem como tipos do tráfico negocial, os contratos “chave na mão”, muito pelo fato de representarem uma modalidade contratual relativamente nova, são, em geral, legalmente atípicos e não possuem uma terminologia perfeitamente consolidada. Sendo assim, para melhor individualizá-los, importa em primeiro lugar localizá-los perante a categoria geral dos contratos de engenharia e em seguida diferenciá-los de outras modalidades de contratos com as quais possa ser confundido.

Para tanto, uma primeira indagação há que ser feita. Qual seria o *nomen iuris* correto para esta categoria geral de contratos aos quais os “chave na mão” pertencem: “contratos de construção” ou “contratos de engenharia”?

É verdade que se tomados isoladamente, os termos “construção” e “engenharia” possuem significados diferentes. No entanto, o sentido que assumem nas referidas expressões parece ser o mesmo.

⁶⁷ Hill, C.W.L. *International business with global resource CD, PowerWeb and World Map*. New York: McGraw Hill, 2005, p. 488.

⁶⁸ Santos Junior, Eduardo dos, *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado – Uma aplicação: os Contratos Internacionais de Engenharia Global*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 69.

Na doutrina comparada, é possível encontrar as duas designações para os contratos que envolvam a execução de obras civis e de instalações. Em língua francesa, há autores que se utilizam da expressão “*contract d’engineering*”⁶⁹, enquanto outros fazem uso da expressão “*contract de construction*”⁷⁰. De forma semelhante, em língua inglesa, podem ser encontradas as expressões “*construction contracts*”⁷¹ e “*engineering contracts*”⁷². Já quanto à nomenclatura em língua portuguesa, SANTOS JÚNIOR entende que a expressão “contratos de engenharia” é preferível, uma vez que o termo “engenharia” se mostra apropriado para fazer correspondência à expressão inglesa *engineering contracts*⁷³. Além disso, o autor atenta para o fato da expressão sugerida já ter sido acolhida pela jurisprudência⁷⁴ e pela doutrina⁷⁵. Por outro lado, BAPTISTA opta claramente pelo emprego da expressão “contratos de construção”⁷⁶. Semelhante opção é feita por HERNANDEZ RODRÍGUEZ e MARZORATI no que se refere à língua espanhola, tendo em vista a preferência de ambos pela expressão “*contractos de construccion*”⁷⁷.

De qualquer maneira, a nosso ver, só seria justificável uma diferenciação entre as duas expressões ou mesmo a opção por uma delas se o conceito e a abrangência fossem diversos em cada caso. Não há na doutrina uma definição concreta para estas expressões e nem uma distinção clara entre ambas. Não havendo tal distinção, a opção

⁶⁹ Fazendo uso desta expressão: Deleuze, Jean-Marie. *Le contrat international d’engineering: Rapport General*, in *Nouvelles techniques contractuelles*, Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Montpellier, Mayenne, 1972, p. 79 e ss.

⁷⁰ Fazendo uso desta expressão: Jacquet, Jean-Michel; e Delebecque, Philippe, *Droit du Commerce International*, 2º ed., Dalloz, Paris.

⁷¹ A expressão é utilizada no UNCITRAL - *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. Também fazendo uso do termo, ver: Schneider, op. cit.; Murray, Carole, et. al., *Schmitthoff’s Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 11ª ed., Thomson/Sweet & Maxwell, 2007; e Wallace, I.N.D., op. cit.

⁷² Fazendo uso desta expressão: Ribeiro, Robert. *Engineering Contracts: A Management Guide*, First Edition, Butterworth-Heinemann, Oxford, 1997.

⁷³ Para além disso, o autor afirma que o fato da nominação francesa correspondente ser “*contracts d’ingénierie*” corrobora a opção, tendo em vista que se trata de língua de origem latina, assim como o português.

⁷⁴ O autor cita as seguintes decisões: Acórdão do STJ de 18/09/2003 (Lucas Coelho), que qualificou o contrato entre uma farmacêutica e um arquiteto como um contrato de arquitetura ou de engenharia, reconduzindo-o ao de empreitada; e o Acórdão do STJ de 10/02/2005 (Lucas Coelho), classificando o contrato entre o Estado e uma equipe de projetistas como um contrato de arquitetura ou de engenharia, reconduzível à prestação de serviços. Cf. Santos Júnior, op. cit., p. 62, nota 148.

⁷⁵ Antônio Menezes Cordeiro (*Manual de Direito das Sociedades, Vol I: Das Sociedades em Geral*, Livraria Almedina, Coimbra, p. 346) também faz uso da expressão “contratos de engenharia”.

⁷⁶ Baptista, Luis Olavo; e Prado, Maurício Almeida (Org.), *Construção Civil e Direito*, Lex Editora, 2013, São Paulo.

⁷⁷ Rodríguez, op. cit.; e Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, Buenos Aires.

por uma em exclusão da outra não parece revestir qualquer efeito prático. Assim, ambas as expressões serão utilizadas de forma indistinta ao longo do presente trabalho.

Feito este parênteses, nos cabe finalmente delimitar um conceito para os contratos de engenharia/construção. Como mencionado anteriormente, não há na doutrina uma definição assente para estes contratos. Diante disto, para melhor individualizá-los, é importante identificar os seus principais elementos caracterizadores.

Para *BAPTISTA*⁷⁸, os contratos de construção integram uma família, podendo envolver o fornecimento de serviços ou de serviços e materiais.

Para *MARZORATI*⁷⁹, um contrato de construção é aquele que envolve a execução de obras civis e de realização de instalações, podendo ainda incluir a prestação de serviços, o fornecimento de materiais ou outras prestações relacionadas. Segundo o autor, esta classe de contratos, em termos legais, consiste no que o Código Civil argentino denomina “*contrato de locación de obra*”, o qual não se caracteriza pelo simples trabalho de execução material de uma obra, mas sim pela obrigação de se atingir um resultado. A existência desta obrigação de resultado é o que diferencia estes contratos dos contratos de prestação de serviços, nos quais há um trabalho que se realiza em direção a um resultado, mas que não depende da obtenção dele para que possa ser considerado cumprido.

O entendimento que adotamos aqui segue esta linha de pensamento. O conceito de contratos de engenharia aqui empregado compreende todos aqueles contratos que envolvam a realização de obras civis ou de instalações (comerciais ou industriais), que podem envolver ainda a prestação de serviços, o fornecimento de materiais ou qualquer outra prestação necessária para que se atinja o resultado previsto em contrato.

Deste modo, incluem-se nesta categoria geral de contratos de engenharia aqueles ditos nominados ou típicos, como os de empreitada, e também aqueles inominados ou atípicos. Dentro deste segundo grupo, estão aqueles contratos em que uma das partes se compromete a conceber, realizar, colocar em funcionamento e até, em alguns casos, explorar uma determinada instalação comercial ou industrial ou uma obra de infraestrutura civil.

Tratam-se, na nomenclatura adotada por *SANTOS JÚNIOR*⁸⁰, dos *contratos de engenharia global*, os quais, dependendo da extensão das obrigações da sociedade de

⁷⁸ Baptista, op. cit., p. 13.

⁷⁹ Marzorati, op. cit., p. 254.

⁸⁰ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 62.

engenharia, podem assumir os seguintes formatos: contratos “produto na mão”, contratos “mercado na mão” e contratos “chave na mão”.

Desde já, no entanto, cabe uma especificação. Como vimos, os contratos de engenharia global têm em vista a realização de obras de infraestrutura civil ou de instalações industriais. É normal que aqueles que envolvam a construção de estruturas civis, como pontes, túneis, estradas, entre outros, sejam celebrados entre um Estado e uma sociedade comercial. Não obstante, como já esclarecido oportunamente, os contratos que temos aqui em vista são aqueles celebrados entre entidades privadas e, portanto, dificilmente terão por objeto a construção de obras como estas. Desta forma, os contratos “chave na mão” aqui analisados serão aqueles que têm por finalidade unicamente a realização de instalações industriais ou comerciais⁸¹. Parece-nos que assim, os contratos que temos aqui em vista correspondem aqueles que *LIMA PINHEIRO* denomina *contratos de realização de unidade industrial*⁸².

Perante a doutrina brasileira, a expressão “contratos de *engineering*” parece ter se consolidado. Para *ORLANDO GOMES*⁸³, “[o] *engineering* é um contrato a fim de obter-se uma indústria construída e instalada”. Segundo o autor, nestes contratos a empresa de engenharia se obriga a apresentar o projeto para a instalação da indústria, a dirigir a construção de suas instalações e a pô-las em funcionamento, entregando-a nestas condições à outra parte. No mesmo sentido, *DINIZ*⁸⁴ entende que pelo *engineering* visa-se obter uma indústria construída e instalada, sendo o contrato pelo qual a empresa de engenharia se obriga não só a apresentar o projeto, mas também dirigir os trabalhos de construção e colocação em funcionamento da instalação. Desta forma, os contratos “chave na mão” parecem perfeitamente inserísseis nesta categoria de contratos identificada perante a doutrina brasileira. Pode-se se dizer que tal nomenclatura também encontrou lugar na doutrina portuguesa. Para *ANTUNES VARELA*⁸⁵, o contrato de *engineering* é “aquele em que uma empresa de engenharia se obriga perante uma outra empresa interessada em instalar um novo projecto industrial a

⁸¹ Como já antes frisado, os contratos que visam a realização de unidades industriais também podem ter um Estado figurando como uma das partes contratantes. No entanto, nos restringiremos aqui àqueles em que há apenas entidades privadas assumindo o papel de contratante ou de contratado.

⁸² Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (c), p.46. Esta denominação parece corresponder com a de *Construction of Industrial Works* utilizada pela CNUDCI em seu já citado *Legal Guide for Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*.

⁸³ Gomes, op. cit., p. 468.

⁸⁴ Diniz, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, volumes 4, 6ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 100 e ss.

⁸⁵ Antunes Varela, op. cit., p. 285.

estudar e a implantar no local todo equipamento dele e acompanhar o início do seu funcionamento.”

Mas quais são, afinal, os elementos capazes de individualizar os contratos “chave na mão”?

O fato de não existir uma definição universalmente sedimentada em relação aos contratos “chave na mão” se deve a razões de diversas índoles. Por um lado, tratam-se de contratos criados na prática negocial por necessidades dos próprios operadores do comércio internacional e que, portanto, estão estreitamente vinculados às particularidades da concreta transação que têm por objeto. Este é o motivo pelo qual algumas das disposições contidas nestes contratos estão regularmente sujeitas e podem variar de acordo com fatores como o nível de desenvolvimento tecnológico das partes contratantes, as características técnicas do setor industrial em questão ou a política econômica do país no qual as obras serão executadas. Deste modo, ainda que possuam uma estrutura comum, tais contratos podem sofrer relevantes variações de acordo com o cenário prático que os envolvem, o que faz com que seja muito difícil uma noção abstrata que una todos eles sob uma mesma definição ou classificação⁸⁶.

Os diferentes cenários que podem emoldurar os contratos “chave na mão”, aliados a lacuna jurídica existente em torno da sua figura provocaram inevitáveis incertezas a respeito da sua caracterização. Incerteza esta que é ainda incrementada pela tendência doutrinal observada tanto em países de *Common Law* quanto em países de *Civil Law*, a qual tende a classificar como “chave na mão” todos aqueles contratos em que a sociedade de engenharia se obriga a entregar ao cliente uma obra completa e pronta para uso. Ora, não há nada de particular ou específico nesta definição que seja capaz de diferenciar os contratos “chave na mão” do resto dos contratos de engenharia, uma vez que em todos eles o objetivo final é justamente a entrega de uma obra que esteja apta a funcionar de acordo com o fim para o qual foi construída.

Neste sentido, o que realmente pode definir, caracterizar e diferenciar os contratos internacionais “chave na mão” dos demais contratos de engenharia é, juntamente com outras obrigações, a assunção, por parte da sociedade de engenharia, da responsabilidade pela concepção do projeto⁸⁷.

No entanto, apesar de tal característica ser suficiente para diferenciar estes contratos da grande maioria dos contratos de engenharia, não é suficiente para

⁸⁶ Rodríguez, op. cit., p. 1745.

⁸⁷ Id.

diferenciá-los dos contratos “produto na mão”, “mercado na mão” e dos “*design and build*”, uma vez que em todos estes a sociedade de engenharia assume a obrigação de conceber o projeto da instalação.

Apesar de pertencerem a mesma categoria de *contratos de engenharia global*, há diferenças importantes entre os contratos “chave na mão”, “produto na mão” e “mercado na mão”.

No contrato “produto na mão”, a sociedade de engenharia não se obriga apenas a conceber, executar a obra e colocá-la em funcionamento, mas também a colocar a instalação em funcionamento de acordo com a finalidade do cliente e com o pessoal deste⁸⁸. Isso significa que a sociedade de engenharia irá assumir, por um determinado período de tempo, a própria gestão da instalação, garantindo o alcance dos níveis de produção acordados em contrato e formando o pessoal do cliente. Assim, terminado este período de tempo, o cliente estará apto a manter o normal funcionamento da instalação de acordo com os fins aos quais se destina.

Se o a gestão da instalação e a formação do pessoal do cliente estão incluídas entre as obrigações da sociedade de engenharia em um contrato “mercado na mão”, nos contratos “mercado mão” estas obrigações são ainda mais estendidas. Neste contratos, a sociedade de engenharia obriga-se também a escoar a produção, de forma integral ou parcial. Para tanto, terá que efetivamente levar a cabo a atividade comercial em questão, não apenas garantindo a produção e treinando o pessoal do cliente, mas também comercializando a produção. Nesta formatação, a sociedade de engenharia normalmente assume um posto de agente ou comissário do cliente. Inclusive, parte das receitas obtidas servirão para o pagamento da sociedade de engenharia.

Uma variação destes contratos são os contratos ditos *BOT (built, operate, transfer)*, nos quais a sociedade de engenharia que realiza a unidade industrial é temporariamente associada à exploração da instalação com o objetivo de assegurar a transferência de toda a tecnologia necessária. A remuneração neste caso também se dá através de participação nos resultados de exploração. A vantagem para cliente, nestes contratos, é que no fim será a própria entidade contratada que irá se encarregar do financiamento do projeto.

Tanto nos contratos “mercado na mão” quanto nos contratos *BOT*, combinam-se elementos de contratos comutativos e de cooperação. Em um primeiro momento, até

⁸⁸ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 70.

que se conclua a execução da instalação, revestir-se-ão de características de contratos comutativos, enquanto na fase seguinte, quando se der início a exploração comercial propriamente dita, estarão presentes características de contratos de cooperação⁸⁹.

É comum na doutrina encontrar o termo *turnkey* sendo utilizado como sinônimo ou de forma indistinta com os contratos *desing and build*. De qualquer forma, apesar de, como já foi dito, não existir uma terminologia de fato sedimentada a respeito destes termos, algumas diferenças pontuais podem ser destacadas.

Em suma, nos contratos “produto na mão” e “mercado na mão”, as obrigações são prolongadas⁹⁰, sendo estes os elementos capazes de os diferenciarem dos contratos “chave na mão”.

Assim como ocorre nos contratos “chave na mão”, nos contratos designados *design and build* o cliente contrata com uma única sociedade de engenharia que irá providenciar tanto o projeto quanto a construção da instalação. No entanto, nestes contratos a atuação de tal sociedade se limita ao projeto e à construção, diferentemente dos contratos “*chave na mão*”, que, como vimos, sugerem a prestação de serviços adicionais⁹¹. Tal diferenciação não impede que modelos contratuais sejam utilizados tanto para um quanto para outro, com as devidas adaptações, uma vez que possuem diversas características convergentes. No entanto, como poderemos perceber durante o desenvolvimento do presente trabalho, a caracterização do contrato como *turnkey* ou como *design and build* pode ter implicações significativas com relação à responsabilidade da sociedade de engenharia⁹². Neste sentido, é válido fazer referência ao ensinamento de Michael O'Reilly, que define os contratos “chave na mão” da seguinte maneira:

In international civil engineering practice, it tends to mean a contract where the contractor “engineers, procures and constructs” the facility in a state ready for operation and to a standard which meets pre-set performance specifications. A turnkey contract is, thus, a species of design and build contract; but in the international arena the concept goes beyond a mere design and construct contract. It suggests a

⁸⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (c), p. 46.

⁹⁰ Jaquet/Delebecque, op. cit., p. 186.

⁹¹ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 68.

⁹² Berman, Harvey W. *Understanding Project Delivery Methods*, publicado originalmente no ALI-ABA's *The Practical Real Estate Lawyer*, Volume 15, Número 2, Março de 1999. Também disponível em < <http://library.findlaw.com/1999/Mar/1/130549.html>>.

scheme in which there is significant utilization of intellectual property (e.g. patent technologies) and “know-how” by the contractor. Turnkey projects usually combine major civil engineering works with mechanical and electrical installations. (O’REILLY, 1999, p. 164)

Destaca-se aqui um ponto importante, não só aos contratos “chave na mão”, mas aos de engenharia global como um todo: a transferência de tecnologia é inerente a estes contratos. Pode-se dizer que esta prestação estará sempre integrada ou associada a estes contratos, seja através de licença de utilização de direitos de propriedade industrial, seja através de transmissão de *know-how*⁹³. Em termos econômicos, se tratam de verdadeiros contratos de transferência de tecnologia⁹⁴.

Neste sentido, o contrato “chave na mão” pode ser definido como aquele em que a sociedade de engenharia se obriga frente ao cliente, em troca de um determinado preço, a conceber, construir e colocar em funcionamento uma instalação que ele mesmo tenha projetado, garantindo ainda a aptidão de funcionamento de acordo com os níveis de desempenho determinados em contrato e a transferência de tecnologia necessária para seu regular funcionamento⁹⁵. A característica relevante, portanto, é a responsabilidade global assumida pela sociedade de engenharia perante o cliente que a contratou. Quanto a esta e outras características, nos aprofundaremos no tópico abaixo.

5. CARACTERÍSTICAS E IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

5.1 Características gerais dos contratos “chave na mão”

Os contratos “chave-na-mão” são frutos do princípio da liberdade contratual de que gozam as partes e se mostram adequados para os mais variados projetos, especialmente os de grande porte, cada qual com circunstâncias e condições próprias⁹⁶.

⁹³ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 72, nota 186.

⁹⁴ Marzorati, op. cit., p. 254; e Murray, et. al., op. cit., p. 597.

⁹⁵ Esta definição vai de encontro àquela proposta por Philippe le Tourneau (*L’ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle...*, Juris Classeur, Paris, 2003): “*Dans le contrat clés en mains, un entrepreneur unique, super assembleur, assume la responsabilité globale d’un projet, de la conception totale (...), à la mise en route et à la livraison au maître de l’ouvrage d’une installation opérationnelle, en passant par l’exécution (...) et la formation du personnel (...). Elle implique donc la maîtrise d’oeuvre, tout en la dépassant.*”

⁹⁶ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 70.

Objetivamente, para além daquilo já exposto acima, os contratos “chave na mão” são aqueles nos quais a sociedade de engenharia é responsável tanto pelo projeto (*design*), quanto pela construção de uma determinada instalação industrial e a garantia de aptidão se deu funcionamento⁹⁷. Porém, não se limitam a isso. No mesmo contrato, ainda pode haver a previsão de transferência de tecnologia e/ou a previsão de assistência técnica da sociedade de engenharia ao cliente uma vez concluída a execução do projeto⁹⁸.

Estes contratos colocam, dessa maneira, a responsabilidade pelo projeto e pela construção em uma única parte contratual: a sociedade de engenharia. A estrutura dos contratos de engenharia tradicionais normalmente envolve a participação de três partes principais: o cliente, os projetistas contratados pelo cliente e a sociedade de engenharia⁹⁹. A concentração das obrigações somente entre cliente e sociedade de engenharia, em teoria, proporciona uma maior facilidade de coordenação ao projeto, procurando-se atingir maior rendimento e velocidade na execução das obras e uma significativa redução dos custos¹⁰⁰.

Essencialmente, a sociedade de engenharia nestes contratos gerencia os trabalhos de design e de construção, assumindo os riscos inerentes tanto à equipe de projeto quanto aos seus próprios trabalhos e os dos subcontratados, responsabilizando-se, por fim, pela entrega ao cliente de uma instalação pronta para uso (*ready-to-use facility*)¹⁰¹.

Como regra geral, esta sociedade assume para si a responsabilidade por qualquer defeito no âmbito das obras. Assim, a responsabilidade primária sobre qualquer defeito na concepção, construção ou no desempenho do complexo industrial é da sociedade de engenharia, retirando do dono da obra o ônus de provar a extensão de um dano causado por uma falha de design ou de construção, como pode ocorrer em outros contratos de engenharia¹⁰². Resto claro, portanto, que estes contratos comportam riscos acrescidos para as sociedades de engenharia, ao mesmo tempo em que se mostram especialmente interessantes para o cliente, o que explica, em parte, o aumento da utilização deste modo de contratação nos últimos anos.

⁹⁷ Schneider, op. cit., p. 339.

⁹⁸ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 70.

⁹⁹ Murray et. al., op. cit., p. 599.

¹⁰⁰ Huse, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, Sweet & Maxwell, 2ª Ed., London, 2002, p. IX.

¹⁰¹ Jenkins, Jane; e Simon Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 23.

¹⁰² Huse, op. cit., p. IX.

Uma vez que os deveres relacionados com o design, coordenação e a construção estão alocados na figura da sociedade de engenharia contratada, não é necessário ao cliente fornecer o mesmo nível de informações técnicas como é de costume nos contratos tradicionais de engenharia.

O uso do método de contratação “chave na mão” resulta numa considerável redução da intervenção do cliente nos processos de projeção e construção da instalação quando comparado a outros métodos de contratação nesta área. O papel do cliente irá consistir, substancialmente, na administração do contrato. Além disso, poderá ainda incluir a revisão e/ou a aprovação do projeto e da construção. É importante, neste sentido, que o projeto final esteja de acordo com as capacidades técnicas da sociedade de engenharia, o que resultará num aumento de eficiência e de custo benefício na execução das obras¹⁰³.

A combinação das responsabilidades de projeção e construção em uma mesma parte contratual deverá também, potencialmente, reduzir o tempo total para conclusão da obra. Esse fenômeno é conhecido como *fast-track construction*. Da mesma forma, o preço final do empreendimento irá variar de acordo com a eficiência atingida nos processos de concepção e de construção.

Tendo em vista que nos contratos “chave na mão” a responsabilidade pela coordenação da execução do projeto passa das mãos do cliente para as mãos da sociedade de engenharia, aquele terá de conviver com uma grande redução do seu poder de controle sobre as obras. Sendo assim, a sociedade de engenharia, diante do aumento do controle sobre a execução do projeto e, conseqüentemente, da sua responsabilidade sobre a mesma, deverá ter elevada experiência e capacidade para gerir projetos de larga escala, incluindo o conhecimento e a interligação entre diferentes métodos de construção e a supervisão dos trabalhos dos subcontratados e dos fornecedores¹⁰⁴.

Outras prestações que regularmente estão presentes nos contratos “chave na mão” e que formam parte da obrigação global da sociedade de engenharia são as seguintes: o fornecimento de máquinas e materiais, bem como o transporte dos mesmos; e a realização de obras civis.

Ainda que os contratos internacionais “chave na mão” possam habitualmente ter por objeto a realização de obras imobiliárias (hospitais, escolas, hotéis) ou de obras de

¹⁰³ Ibid., p. 6.

¹⁰⁴ Ibid., p. 7.

infraestrutura, a sua utilização mais relevante (e que aqui nos interessa) parece ocorrer no âmbito da construção de unidades industriais.

Geralmente, a construção de uma unidade industrial requer a utilização de um processo de fabricação protegido pelo direito de propriedade industrial. Em grande parte dos casos, a exclusividade e especialidade do componente tecnológico empregado na construção, assim como o *know-how* e a experiência profissional que exigem as características do projeto se encontrará em poder de um número reduzido de empresas especializadas, as quais, dados os interesses que estarão em jogo, não estarão dispostas a fornecer sua tecnologia a não ser que elas mesmo se encarreguem de conceber, construir e colocar em funcionamento a unidade industrial em questão¹⁰⁵.

É possível ainda, ao cliente, optar pelo modelo “chave na mão” apenas para determinadas partes ou unidades do empreendimento. São os chamados contratos *chave na mão parciais* ou *semi-chave na mão*. Apesar de não se tratarem de termos universalmente aceitos e com uma conotação clara¹⁰⁶, entende-se que tais expressões seriam adequadas para designar aqueles contratos nos quais a sociedade de engenharia concebe o projeto, executa a maioria das obrigações típicas de um contrato “chave na mão”, mas não se torna responsável pela totalidade da realização do empreendimento, uma vez que a mesma será dividida também com outras entidades contratadas em paralelo pelo cliente¹⁰⁷. Este cenário se formaria, por exemplo, quando a sociedade de engenharia contratada se incumbisse de certos aspectos da obra, como instalações de componentes pesados e de grande porte, as quais requerem uma projeção especializada, enquanto o cliente contrata outras entidades para a finalização das obras e o fornecimento de equipamentos. De certa forma, este método traria uma maior especialização aos trabalhos realizados, reduzindo o contato entre entidades que nem sempre estão bem familiarizadas com os métodos de trabalho uma das outras.

De qualquer maneira, feitas estas observações, os contratos aos quais iremos nos referir no restante do trabalho serão os contratos “chave na mão” integrais, ou seja, aqueles nos quais, em oposição aos chamados contratos chave na mão parciais, a responsabilidade pela concepção, construção e colocação em funcionamento está alocada integralmente na figura da sociedade de engenharia contratada.

¹⁰⁵ Rodríguez, op. cit., p. 1745.

¹⁰⁶ Cf. Wallace, op. cit., p. 434; e Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 70, nota 177.

¹⁰⁷ Huse, op. cit., p. 7.

5.2. Identificação Das Partes

Antes de entrarmos na análise específica das vantagens e desvantagens da utilização do modelo “chave na mão”, importa esclarecer os termos utilizados para identificar as partes no contexto destes contratos.

Os termos anglo-saxões “*employer*” e “*contractor*” são os termos geralmente utilizados pela doutrina em inglês, assim como pelas organizações responsáveis pela elaboração dos modelos contratuais aqui aludidos, para identificar as partes nos contratos “chave na mão”¹⁰⁸.

A adaptação destes termos para a língua portuguesa merece, porém, algumas considerações. Em primeiro lugar, a tradução literal destes termos não parece ser o modo mais adequado para a transposição dos mesmos. O termo “*employer*” em uma tradução literal, significaria “empregador”, “patrão” ou “chefe”, o que não parece ser o termo mais indicado para identificar a figura do proprietário da instalação a ser construída. Já o termo “*contractor*” naturalmente seria traduzido como “contratante”, o que não serviria para designar, com a clareza necessária, a figura da entidade contratada em um contrato “chave na mão”.

Por outro lado, poderia se recorrer aos termos geralmente utilizados pela doutrina em língua portuguesa para designar as partes em um contrato de engenharia, quais sejam: “dono da obra” para o proprietário da instalação a ser construída; e “empreiteiro”, “construtor” ou “construtora” para a entidade contratada.

Quanto ao primeiro, a utilização do termo “dono da obra” parece ser mais adequada aos contratos de empreitada, os quais, como vimos, não se confundem com os contratos internacionais “chave na mão”. Já quanto o segundo, os termos “construtor” ou “construtora”, ainda que na prática sejam muito utilizados, se revelam um pouco limitados no que diz respeito aos contratos que aqui temos em vista, tendo em vista que nestes, a atividade da entidade contratada não se resume aos trabalhos de construção, mas incluem ainda a elaboração do projeto, a transferência de tecnologia, além de outras prestações eventualmente designadas no contrato.

Sendo assim, levando em conta as características próprias dos contratos “chave na mão” e ao mesmo tempo primando por uma designação uniforme em língua portuguesa para as partes nestes contratos, adotamos aqui os termos utilizados por

¹⁰⁸ Os termos não são exclusivos dos contratos “chave na mão” e são utilizados para identificar as partes em diversos tipos de contratos de engenharia.

Santos Júnior¹⁰⁹, o qual se utiliza do binômio “cliente/sociedade de engenharia” para proceder a tal identificação.

Tendo em vista que os agentes do comércio internacional são identificados como sociedades comerciais, a expressão “sociedade de engenharia” individualiza bem a entidade que realiza a atividade de engenharia em um contrato internacional “chave na mão”, sendo esse o modo como iremos nos reportar à contraparte do cliente ao longo do trabalho. Por outro lado, por nos restringirmos aqui a análise daqueles contratos celebrados entre particulares, no uso amplo de sua autonomia da vontade, a expressão “cliente” serve bem para designar o dono da instalação que seleciona a sociedade de engenharia para concebê-la, construí-la e colocá-la em funcionamento.

6. VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS CONTRATOS “CHAVE NA MÃO”

Nas últimas duas décadas principalmente, a frequência com que os contratos “chave na mão” foram utilizados, em especial nos projetos de realização de unidades industriais, aumentou bastante, popularizando este tipo contratual entre clientes e instituições financeiras. Muito dessa popularização se deve as vantagens trazidas por esta modalidade contratual. Porém, algumas desvantagens também devem ser destacadas.

6.1 Vantagens

Nos contratos de engenharia tradicionais, as responsabilidades referentes ao projeto e à construção de uma determinada instalação estão normalmente divididas entre partes diversas. Dessa forma, as tarefas de projeção e construção são incumbidas a diversas entidades diferentes e, conseqüentemente, de acordo com diversos contratos.

A realização de uma instalação, seguindo esta modalidade tradicional de contratação, será então dividida em diferentes grupos de trabalhos referentes às obras, também conhecidos pelo termo anglo-saxão *works packages*, os quais irão interagir

¹⁰⁹ O autor utiliza o binômio “cliente/sociedade de engenharia” para identificar as partes em um contrato internacional de engenharia global. Cf., Santos Júnior, 2009, p. 78/79.

entre si através de uma articulação dos trabalhos, identificada pelo termo *interface*¹¹⁰. Essa *interface* irá existir tanto entre os projetistas e os grupos de trabalho de construção quanto no próprio seio destes grupos de trabalho, entre as diferentes entidades que o compõem.

Seguindo este modelo tradicional de engenharia, o dono da obra terá a responsabilidade de coordenar estes vários elementos relacionados à concepção da instalação e de suas respectivas interfaces. A título de exemplo, na construção de uma unidade industrial de fabricação de produtos químicos, o dono da obra terá que assegurar que os grupos de trabalho referentes ao projeto, às estruturas civis e mecânicas, assim como às instalações elétricas interajam de maneira que a unidade industrial, uma vez concluída, esteja apta a funcionar e a produzir da maneira pretendida. Cada uma das partes contratadas, neste sistema, terá responsabilidade legal apenas sobre a parte da obra que lhe incumbe, ou seja, sobre aquilo que foi especificamente contratada para fazer, o que pode gerar alguns problemas. As diferentes equipes contratadas pelo dono da obra poderão reclamar de uma falta ou de uma insuficiente coordenação entre os diferentes grupos de trabalho. Da mesma forma, o atraso na execução de um determinado aspecto da obra, por parte de um dos contratados, poderá atrasar substancialmente o desenvolvimento do trabalho dos outros. Acima de tudo, será extremamente difícil determinar individualmente a responsabilidade por falhas que venham a surgir e em que medida estas falhas são provenientes do projeto ou da execução do mesmo¹¹¹.

Já nos contratos “chave na mão” a responsabilidade tanto pelo projeto como pela execução do mesmo é centralizada na figura de uma única parte contratual, qual seja, a da sociedade de engenharia. Sendo assim, esta sociedade além de entregar ao dono da obra (o cliente pela designação que adotamos) um projeto de acordo com as especificações de desempenho acordadas, irá também ser o responsável pela execução do mesmo. Destarte, no que diz respeito à prestação de contas ou ao controle de qualidade sobre os trabalhos que estão sendo executados, o cliente não precisará buscar ninguém além da sociedade de engenharia contratada. Isso representa uma segurança a

¹¹⁰ O termo tem origem na expressão inglesa que possui a mesma escrita, ou seja, *interface*. Entendemos que esse é o termo adequado a ser utilizado em português, uma vez que, assim como a expressão anglo-saxã, significa, nos termos do dicionário, um “conjunto de meios planejadamente dispostos sejam eles físicos ou lógicos com vista a fazer a adaptação entre dois sistemas para se obter um certo fim cujo resultado possui partes comuns aos dois sistemas, ou seja, o objeto final possui características dos dois sistemas.” Cf. Buarque de Holanda Ferreira, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Revista e atualizada do Aurélio Século XXI. 3ª Edição. Brasil: Editora Positivo. 2004

¹¹¹ Huse, op. cit., p. 17.

mais para o cliente, uma vez que não irá se preocupar com uma efetiva coordenação de diferentes entidades contratadas, ao mesmo tempo em que poderá direcionar suas reclamações a respeito de qualquer falha detectada diretamente à sociedade de engenharia, sem ter que averiguar quem é o responsável individual por ocasionar tal falha, separando este dos demais¹¹².

A sociedade de engenharia contratada, como já foi apontado anteriormente, deverá entregar ao cliente uma instalação totalmente operacional, respeitando-se os níveis de desempenho convencionados. A entidade contratada, neste caso, é necessariamente responsável por qualquer falha ou defeito apresentado, a não ser que o contrato disponha em contrário. Portanto, tudo aquilo que for relacionado com o projeto e com a execução do mesmo estará abrangido por um único polo de responsabilidade: a sociedade de engenharia.

Dessa responsabilidade concentrada resultam duas consequências importantes: a primeira é a definição do papel dos critérios de *performance* ou desempenho; a segunda diz respeito ao próprio padrão de desempenho esperado da sociedade de engenharia. Esta última deverá assumir os trabalhos de projeção e de construção de uma maneira que o desempenho final da instalação atenda aos critérios estabelecidos no contrato (*performance criteria*). O cliente definirá este critério de acordo com as finalidades e especificações que desejar, buscando garantir que, uma vez finalizados os trabalhos de construção, a instalação possa atingir um nível de desempenho necessário para uma produção rentável.

Por exemplo, em um contrato para a construção de uma estação de energia elétrica, o cliente tentará, através do estabelecimento de níveis de desempenho ideais, que aquela instalação produza energia suficiente para atender seus interesses comerciais, em especial quando já tiver contratado com terceiros o fornecimento de parte da energia produzida. Estes critérios determinam, portanto, os níveis de desempenho esperados pelo cliente e, conseqüentemente, estabelecem um parâmetro da responsabilidade da sociedade de engenharia, a qual deverá desenvolver seus trabalhos em conformidade com tais critérios¹¹³.

Outra vantagem dos contratos “chave na mão” é que, diferentemente do que ocorre nos contratos tradicionais de engenharia, nos quais a projeção e a construção são realizadas em fases separadas, a execução das obras pode progredir em ritmo acelerado,

¹¹² Ibid., p. 17.

¹¹³ Ibid., p. 18.

uma vez que os trabalhos de projeção, obtenção de materiais, transporte e construção podem se desenvolver em paralelo, sendo possível, inclusive, iniciar os trabalhos de construção mesmo antes do projeto ser finalizado¹¹⁴.

O ganho de eficiência também é notável nestes contratos. Sendo responsável pelo projeto e pela construção, a sociedade de engenharia não precisa mais gastar tempo para estudar o projeto fornecido por um terceiro, assim como já pode desde o início levar em consideração seus métodos de construção na elaboração do projeto.

O controle acrescido de que dispõe a sociedade de engenharia na concepção da instalação facilita ainda a implementação de novas e melhores técnicas de construção, desenvolvidas através de sua experiência e conhecimento. O fato de ter o projetista e o engenheiro responsável pela construção trabalhando em uma mesma equipe facilitará a identificação de falhas de projeto logo no início dos trabalhos de construção ou mesmo antes de começá-los, garantindo assim um trabalho de prevenção que pode evitar futuras complicações. Essa junção de trabalhos poderá também diminuir o risco de eventuais disputas judiciais que venham a surgir entre as partes, uma vez que o maior foco de litígios entre a sociedade de engenharia e o cliente nos contratos tradicionais de engenharia está nas falhas de comunicação e de unidade na interface entre os grupos de trabalho.

6.2 Desvantagens

A primeira das desvantagens que podem ser identificadas nos contratos “chave na mão” é a perda de poder de controle do cliente sobre a obra. Nos contratos de engenharia tradicionais é comum que exista um engenheiro contratado pelo cliente que irá responsabilizar-se pela supervisão tanto do projeto como da construção da instalação. Já nos contratos “chave na mão” este controle global não existe.

De acordo com o *Silver Book* da FIDIC, este papel de supervisão global levado a cabo pelo engenheiro foi substituído, apenas em parte, pelo do representante do cliente. Este novo papel é relativamente flexível, permitindo certo controle ou supervisão dos trabalhos de projeção e construção. De qualquer maneira, o modelo contratual “chave na mão” geralmente implica numa menor controle sobre o dia a dia das obras por parte do cliente em comparação com os contratos de engenharia tradicionais. Além disso, este

¹¹⁴ Jenkins/ Stebbings, op. cit., p. 23.

último permanecerá, de certa forma, mais distante do projeto, reduzindo seu conhecimento efetivos sobre os métodos utilizados e, conseqüentemente, sua capacidade de averiguar possíveis necessidades que possam afetar o funcionamento final da instalação. Ou seja, nos contratos “chave na mão” a ausência do poder de supervisão e controle que a figura do engenheiro contratado pelo cliente lhe daria em outros contratos de engenharia resulta numa menor capacidade que este último possui de detectar e corrigir procedimentos potencialmente gravosos ao andamento das obras¹¹⁵.

Outra desvantagem que pode ser destacada é a tendência da sociedade de engenharia atender os parâmetros estabelecidos pelo cliente diante do menor custo possível, tendo em vista uma diminuição dos recursos e do tempo gasto nos trabalhos e uma maior margem de lucro a ser obtida. Diante disso, ainda que o cliente possua um poder de controle diminuído nestes contratos, será necessário estar atento ao desenvolvimento dos trabalhos da sociedade de engenharia para que esta atenda rigorosamente as exigências estabelecidas no contrato.

Os chamados custos de risco (*cost of risks*) também podem afetar negativamente estes contratos, ao menos na visão da cliente. Como vimos, nos contratos “chave na mão” o cliente se beneficia de uma transferência de responsabilidade para a sociedade de engenharia contratada. No entanto, é possível que haja um significativo aumento do preço cobrado pela sociedade de engenharia, resultante do aumento dos riscos que suportará. De fato, a assunção do risco por parte da sociedade de engenharia leva a um aumento considerável no preço final das obras, especialmente em mercados com pouca concorrência¹¹⁶.

A decisão final a respeito da utilização ou não de um contrato “chave na mão” por parte do cliente deve levar em conta em primeiro lugar a natureza do projeto e em seguida a identidade das partes envolvidas. Essencialmente, as vantagens destes contratos se sobressaem sobre as desvantagens quando a transferência dos riscos inerentes ao projeto e à construção, em conjunto com o aumento de rapidez e de eficiência na execução das obras, for capaz de absorver a perda do poder de controle sobre os trabalhos da sociedade de engenharia e, acima de tudo, puder suportar o aumento de custos que resultam naturalmente da transferência dos riscos.

¹¹⁵ Huse, op. cit., p. 21.

¹¹⁶ Ibid., p. 22.

7. FINANCIAMENTO

A obtenção de recursos para tornar possível a realização de um empreendimento “chave na mão” normalmente reveste um caráter complexo¹¹⁷. Principalmente no que diz respeito aos projetos de grande porte, a obtenção dos recursos necessários é realizado através de financiamento, tendo em vista que as partes não possuem capital suficiente para, por si só, garantir o pagamento ou realização integral das suas prestações¹¹⁸.

Nos casos que temos aqui em vista, em que o cliente é uma entidade privada, dentre as possibilidades que se apresentam, estão a celebração de contratos de mútuo com bancos de reputação internacional ou o acesso a créditos documentários. Quanto a este último, deverá constar no contrato, mais especificamente no clausulado referente ao modo de pagamento, que o mesmo será utilizado, assumindo a forma, como veremos adiante, tanto de modo de pagamento como de garantia.

Os mesmos meios disponíveis para os clientes enquanto entidades privadas também podem ser utilizados por entidades públicas que atuem como clientes em contratos internacionais “chave na mão”. No entanto, sendo o cliente uma entidade pública, em especial quando se trate de países em desenvolvimento, é normal que seja buscado financiamento junto de Instituições Internacionais de Direito Internacional Público, como o Banco Mundial ou o Banco Europeu de Investimentos¹¹⁹.

Além dessas possibilidades, há ainda a alternativa, de recorrer aos contratos *BOT* ou aos contratos “mercado na mão”. Como já vimos, estas fórmulas representam uma modalidade contratual na qual a empresa de engenharia contratada, além de projetar, construir e operar a instalação, ainda a explora em termos comerciais durante certo período de tempo, devendo, ao final do período de concessão, transferir a posse da instalação para o contratante, remunerando-se com o lucro obtido durante o tempo em que geriu a instalação. A vantagem do cliente nestes contratos é que será a própria sociedade de engenharia que irá se encarregar do financiamento do projeto, o que configura o chamado *Project Finance*.

¹¹⁷ “Un contrat international d’ingénierie mobilize souvent de capitaux énormes. Par exemple une centrale nucléaire d’une puissance de 2000 mégawatts représente un investissement de plus de vingt milliards de francs”. Le Tourneau, op. cit., p. 89.

¹¹⁸ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 72.

¹¹⁹ Id.

O termo *Project Finance* é geralmente utilizado para se referir a uma estrutura de financiamento sem recursos ou com recursos limitados na qual a entidade contratada disponibiliza capital para a construção e operação de um determinado empreendimento, baseando suas avaliações de crédito sobre as receitas projetadas a partir do funcionamento do mesmo. No *Project Finance*, portanto, a garantia do pagamento da dívida não é baseada em cima de crédito proveniente do cliente ou obtido por este, nem mesmo no valor da estrutura física construída, mas sim no desempenho técnico e econômico do empreendimento, o qual através do lucro obtido, irá quitar o investimento feito pela entidade contratada¹²⁰. Representa, desta maneira, uma técnica de financiamento sustentado na capacidade de geração de caixa do próprio empreendimento, tendo como garantia seus ativos e seu fluxo de caixa operacional.

8. MODELOS DE CONTRATO

Diante do papel de destaque que os contratos de engenharia passaram a exercer no âmbito do comércio internacional, diferentes entidades, notadamente aquelas com atividades voltadas para os negócios internacionais, tiveram a iniciativa de elaborar modelos de contratos ou guias contratuais. Em sua maioria, tais entidades são aquelas especializadas no setor de engenharia, entre as quais podemos destacar o ICE (*Institute of Civil Engineer*); o EIC (*European International Contractors*); o ENAA (*Engineering Advancement Association of Japan*); o ORGALIME (*European Federation of Mechanical, Eletrical, Eletronic and Metal Articles Industries*); e, por último, aquela que parece ser uma das mais importantes neste contexto, a FIDIC (*Fédération Internationale dès Ingénieurs Conseil* ou *International Federation od Consulting Engineers*). No entanto, outras entidades, que não focam exclusivamente suas atividades no campo de engenharia, mas mais do que isso, no desenvolvimento dos mais variados setores do comércio internacional, como a CCI e a CNUDCI¹²¹, também elaboraram modelos ou guias referentes aos contratos internacionais de engenharia.

Não sendo possível analisar todos os modelos contratuais disponíveis, iremos focar, ao longo do trabalho, naqueles que nos parecem ser os mais relevantes em termos de contratos internacionais “chave na mão”, os elaborados pela FIDIC e pela CCI.

¹²⁰ Hoffman, Scott L., *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge University Press, 2008, p. 4.

¹²¹ A CNUDCI publicou em 1998 o *UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*.

Sendo assim, se faz necessário uma breve introdução a respeito dessas entidades e dos modelos e guias contratuais elaborados pelas mesmas e que serão tomados como base para o desenvolvimento do trabalho.

É importante destacar que os modelos de contratos referidos refletem, muitas vezes, práticas e usos internacionais do setor de engenharia. Sendo assim, é possível afirmar que tais modelos se assumem como expressão desses usos e por isso tendem a integrar o Direito autônomo do Comércio Internacional ou a chamada *Lex mercatoria*. Apesar de surgirem apenas como uma opção dentro da liberdade contratual de que dispõem as partes, a adequação destes modelos faz deles uma opção viável para os contratantes, os quais deverão particularizar os mesmos de acordo com as circunstâncias e particularidades que o caso concreto pressupõe¹²².

Além dos modelos de contrato citados, serão também considerados alguns modelos de cláusulas típicas de contratos internacionais, como os modelos de cláusulas de *hardship* e de *force majeure* da CCI, os quais podem encontrar remissão nos contratos internacionais de engenharia, além de analisar o tratamento reservado a estas cláusulas em certos instrumentos internacionais de reconhecida importância e de extensa aceitação, como a Convenção de Viena Sobre a Venda Internacional de Mercadorias e os Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais.

8.1 FIDIC

Fundada antes mesmo do início da Primeira Guerra Mundial, em 1913, a *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseil*, também conhecida pela sua nomenclatura em inglês *International Federation of Consulting Engineers*, teve envolvidos em sua fundação países como Bélgica, França e a Suíça, aos quais logo se juntaram diversos países europeus. No entanto, só se pode dizer que a FIDIC se tornou uma organização realmente internacional no final da década de 50, quando Austrália, Canadá, África do Sul e Estados Unidos se juntaram ao “clube” europeu. Mais tarde, com a adesão de países em vias de desenvolvimento como Colômbia, Malawi, Zambia e Zimbábue, a organização se tornou muito mais abrangente, totalizando hoje um total de 86 membros, incluindo Portugal e Brasil¹²³.

¹²² Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 77.

¹²³ Baker, Ellis; Bem Mellors; Scott Chalmers e Anthony Lavers, *Fidic Contracts: Law and Practice*. White & Case, Londres, 2009, p. 1.

Com sede em Lausanne, Suíça, a FIDIC, desde o final da década de 50, publica diversos modelos e guias contratuais, conhecidos pelas suas diferentes cores (*FIDIC Rainbow*). Grande parte destes modelos foram originalmente desenvolvidos com base no modelo conhecido como “*Construction Contract Conditions*”, tradicionalmente utilizado na Inglaterra por engenheiros do *Institution of Civil Engineers* (ICE)¹²⁴.

Nas últimas duas décadas, a FIDIC desenvolveu novos modelos de contrato, em adição aos seus tradicionais *Red Book* e *Yellow Book*, tendo em vista exatamente responder a demanda por contratos *turnkey*, *design and build* e BOT. Os novos modelos apresentados refletem uma progressiva alocação dos riscos inerentes a concepção da instalação na figura da sociedade de engenharia, tornando-os especialmente interessantes para os clientes.

Dentre os modelos de contratos disponibilizados, aquele que nos servirá de base para o estudo do conteúdo dos contratos que temos em vista é o *Conditions of Contracts for EPC/Turnkey projects* (*Silver Book*), publicado em 1999. É verdade que o *Orange Book* da FIDIC também pode ser utilizado como base para a celebração de contratos “chave na mão”. Inclusive, o *Silver Book* é largamente baseado nas disposições deste último. No entanto, como alerta HUSE¹²⁵, a opção da FIDIC de não atualizar o referido modelo fez com que o mesmo deixasse de condizer com as práticas mais atuais adotadas na área e por isso o seu uso deve ser acompanhado de certa cautela.

8.2 CCI

A Câmara Internacional do Comércio é uma associação privada, sem fins lucrativos, com sede em Paris e fundada logo após o fim da primeira guerra mundial, por importantes membros das comunidades de negócios da Bélgica, França, Itália, Reino Unido e Estados Unidos. O objetivo desses fundadores era exatamente criar uma instituição que favorecesse a reconciliação e a paz através da promoção do comércio internacional. No entanto, para que esse objetivo fosse alcançado, os fundadores da CCI entendiam ser necessária uma gradual harmonização tanto prática quanto legislativa do comércio internacional além do desenvolvimento de instrumentos e mecanismos

¹²⁴ De Cazalet, Bruno: *The Model turnkey contracts published by the International Chamber of Commerce and their positioning compared to FIDIC contracts: contract for the turnkey supply of an industrial plant* (2003) and *turnkey contracts for major projects*, 2008, p. 2. Originalmente publicado no *International Business Law Journal*, 2011, o conteúdo do artigo foi acessado por meio do *Westlaw UK*. Portanto, o número das páginas se refere ao artigo acessado eletronicamente.

¹²⁵ Huse, op. cit., p. 38.

internacionalmente reconhecidos, incluindo mecanismos de resolução de conflitos relativos ao comércio internacional.

Após ter lidado com a elaboração dos mais diversos modelos de contratos internacionais, como os contratos de venda, distribuição, *franchising*, licenças de marcas, transferência de tecnologia, entre outros, a CCI recentemente decidiu direcionar parte de sua atenção aos contratos *turnkey*.

Desenvolveu, assim, dois modelos de contratos internacionais *turnkey*. O primeiro deles, publicado em 2003, é denominado *ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant* e se refere a venda de uma unidade ou linha de produção a ser instalada num complexo industrial já existente. Já o segundo, publicado em 2008 e chamado de *ICC Model Contract for Major Turnkey Projects*, possui uma natureza mais complexa e, como veremos, se mostra mais adequado à celebração de acordos que digam respeito à entrega de uma instalação industrial completa e pronta para uso. Vejamos as principais características e diferenças entre ambos:

- *ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant*: logo na introdução deste modelo, é possível encontrar duas características específicas dos contratos aos quais se destinam, quais sejam: a obrigação principal do fornecedor em suprir uma determinada estrutura ou equipamento incluindo a prestação de assistência ao comprador durante a instalação; e o fato do fornecedor cumprir suas obrigações dentro de instalações já existentes e controladas pelo comprador. De fato, neste modelo contratual existe a previsão de uma prestação de serviço limitada à estrutura fornecida, o que o diferencia daquilo que tradicionalmente caracteriza um contrato “chave na mão”.

Apesar de, como já afirmamos, não existir uma definição legal para o termo “chave na mão”, é possível afirmar que, ao menos no contexto deste trabalho, ele não se limita a fazer referência à entrega de uma unidade ou uma linha de produção dentro de um complexo industrial já existente. Ao contrário, o termo em questão sugere a entrega de uma instalação completa e pronta para uso, o que não parece ser o propósito deste modelo contratual. Além disso, a responsabilidade do fornecedor nestes contratos se limita aquilo que foi fornecido, ou seja, não abrange a totalidade da instalação como vimos que acontece nos contratos aqui em pauta. Este modelo, apesar do que a sua denominação possa sugerir, mostra-se especialmente adequado aos contratos de venda

complexos¹²⁶. Sendo assim, o mesmo não será utilizado como base ao longo do trabalho, merecendo apenas referências pontuais quando oportuno.

- *ICC Model Contract for Major Turnkey Projects*: a idéia principal deste modelo contratual é oferecer uma alternativa aos modelos de contratos elaborados por outras organizações, em especial aqueles elaborados pela FIDIC, os quais são muitas vezes considerados por demais favoráveis ao cliente na relação negocial. O objetivo da CCI ao elaborar este modelo era sobretudo o de reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, sejam elas públicas ou privadas, em um contrato *turnkey*. Apesar de buscar uma nova aproximação em relação a alguns aspectos do contrato, este modelo da CCI é largamente baseado no *Orange Book* da FIDIC. Dentre as inovações trazidas por este modelo está a redução das obrigações e dos riscos suportados por parte da sociedade de engenharia. Apesar de estas últimas características fazerem deste modelo um meio mais interessante de contrato aos olhos da sociedade de engenharia, ele ao mesmo tempo aumenta as possibilidades de surgimento de litígios a respeito dos limites da responsabilidade na execução do contrato, ao contrário do modelo da FIDIC que deixa pouca brecha para este tipo de discussão uma vez que a responsabilidade é concentrada na figura da entidade contratada. Como veremos adiante quando analisarmos as cláusulas contratuais propriamente ditas dos contratos internacionais *turnkey*, este modelo de contrato não vai de encontro com as pretensões e requerimentos dos clientes e das instituições responsáveis pelo financiamento do projeto, o que pode ameaçar a larga utilização do mesmo na celebração dos contratos em causa¹²⁷. De qualquer maneira, pelo fato de se apresentar como uma das principais alternativas aos modelos publicado pela FIDIC, o *ICC Model Contract for Major Turnkey Projects* será também utilizado como uma das bases de estudo no desenvolvimento do presente estudo.

9. A FORMAÇÃO DO CONTRATO

Um contrato não se forma em um só golpe, o “*coup de foudre contractuel*”, conforme consagrada expressão de *Mousseron*¹²⁸. Ao contrário, o contrato se forma por

¹²⁶ De Cazalet, op. cit., p. 6/7.

¹²⁷ Id.

¹²⁸ Mousseron, Jean Marc. *Technique Contractuelle*, Éditions juridiques Lefebvre, Paris, 1998, p. 17.

meio de vários passos, gradativos, trilhados pelas partes em direção à conclusão do negócio jurídico. O encontro de vontades, fator que faz surgir efetivamente o contrato, percorre um roteiro relativamente longo até atingir o estágio de conclusão do negócio jurídico¹²⁹.

Estes vários passos, que compõem a etapa de formação dos contratos, podem abrigar atividades de complexidade variável. Na prática, o negócio pode se concretizar integralmente através de um simples assentimento ou, por outro lado, implicar em um complexo processo preparatório¹³⁰.

O termo “processo” é utilizado aqui não de maneira aleatória. Na explicação do modo de surgimento dos contratos, a doutrina civil tem recuperado com êxito a ideia de processo. Tendo por base o entendimento de que há processo quando diversos atos jurídicos se encadeiam perseguindo um objetivo final e de que as normas jurídicas que intervenham num processo devem ser interpretadas e aplicadas em consonância com o escopo unitário da sequência em jogo, pode-se transportar tal conceito para o domínio negocial, com especial aplicação à formação do contrato¹³¹.

Todos os atos implicados na celebração de um contrato articulam-se entre si, tendo em vista um objetivo final que legitima a todos: a futura e eventual conclusão de um contrato. A partir do instante em que uma sequência preparatória atinge seu fim, culminando na celebração do contrato, todos os atos ordenados que formaram essa sequência dissolvem-se, perdendo a sua autonomia, sendo relevante apenas o seu resultado final, razão de ser da existência dos mesmos.

No entanto, os atos que compreendem esta sequência preparatória possuem interesse e devem ser ponderados em si mesmos. Em primeiro lugar, o seu estudo separado possui utilidade analítica, para efeitos de conhecimento e interpretação do próprio conteúdo final do contrato. Além disso, seu regime possuiu um relevo que transcende o próprio processo, bastando, por exemplo, nas palavras de *MENEZES CORDEIRO*, “que os atos em causa não se esgotem no esforço tendente à formação do negócio, para que se imponha uma determinação específica de sua ambivalência.”¹³² Por último, caso o objetivo, o contrato final, não seja alcançado, haverá que se apurar se os atos praticados até então possuem algum alcance ou eficácia.

¹²⁹ Cretella Neto, op. cit., p. 286.

¹³⁰ Menezes Cordeiro, Antonio. *Da abertura de concurso para a celebração de um contrato no direito privado*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, 1987, p. 7.

¹³¹ Id.

¹³² Ibid, p. 8.

Neste contexto de formação contratual, estudaremos adiante a forma de escolha da outra parte contratante nos Contratos Internacionais “chave na mão”, assim como traçaremos um panorama geral das negociações que antecedem a celebração do contrato, bem como da responsabilidade advinda das mesmas.

9.1 A Seleção da Sociedade de Engenharia

Do ponto de vista legal, existem dois métodos principais para proceder à seleção internacional de uma entidade privada para a celebração de um eventual ou futuro contrato. O primeiro deles, conhecido pela expressão francesa “*marchés de gré à gré*”, é o de seleção e negociação realizadas diretamente pelo cliente ou por seus agentes, sem que haja um processo de concorrência prévio dos potenciais contratantes. Já o segundo, também identificado pelas expressões “*appels d’offres*” ou “*call of tenders*”, é o da concorrência para apresentação de ofertas por parte dos possíveis interessados.

O primeiro método, qual seja, o da seleção direta e pessoal realizada pelo cliente, embora apresente algumas vantagens, é raramente utilizado na celebração de contratos de engenharia de grande porte. Vejamos as razões.

No âmbito dos acordos privados, diante de um interesse de uma sociedade comercial, é comum que esta busque no mercado, dentre as opções que lhe surjam, um agente que lhe pareça capaz de satisfazer as suas exigências. Escolhido este agente, a sociedade comercial irá então fazer o contato com o mesmo, fazendo-lhe um *convite a negociar* ou uma *proposta de contrato*. Pode ainda, formular um convite para negociar a mais de um potencial contratante, através de um contrato negociado em concorrência, sem cláusula de exclusividade nas negociações¹³³.

Este é o meio normalmente preferido para as negociações de contratos mais simples e de menor valor, o que, no entanto, não exclui a sua utilização para a negociação de contratos internacionais de grande porte. Por se tratarem de contratos de longo termo e de grande complexidade, os contratos internacionais “chave na mão” exigem padrões elevados de honestidade, qualidade e cumprimento de prazos, o que pode tornar este método de escolha particular da contraparte para um eventual ou futuro contrato especialmente interessante, sobretudo pelas vantagens de celeridade e flexibilidade que tal método proporciona.

¹³³ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 80.

No entanto, este método implica em diminuída concorrência e, consequentemente, na maior onerosidade para o cliente. Além disso, fatores próprios do mercado internacional de engenharia que resultam da dimensão dos projetos, bem como da sua complexidade técnica e jurídico-financeira, aliados, como veremos, a possíveis restrições de Direito Público (no caso de Portugal também de Direito Comunitário¹³⁴) ou impostas por instituições financeiras internacionais¹³⁵, fazem deste método direto de seleção um meio menos frequente de negociação de contratos internacionais “chave na mão”. A preferência neste sentido, recai portanto sobre o segundo método: o da concorrência ou concurso para apresentação de propostas¹³⁶.

O concurso para a celebração de um contrato se consubstancia numa sequência processual destinada à eventual celebração de um negócio jurídico. Dentre as diversas razões que justificam a utilização de um concurso para a celebração de um contrato, é possível destacar quatro de maior relevância, conforme classificação de *MENEZES CORDEIRO*¹³⁷:

- a) *a escolha do parceiro mais idôneo*: o concurso, assente numa publicitação mais ou menos alargada do contrato em questão, fará afluir candidatos, viabilizando melhores possibilidades de escolha e consequentemente uma seleção mais esclarecida.
- b) *o aproveitamento dos mecanismos de concorrência*: ao tornar pública a intenção de contratar, os interessados farão esforços no sentido de ocupar o lugar de contratante, tentando oferecer melhores condições dos que os demais interessados. Em contratos de grande vulto, isso normalmente significa para o autor do concurso custos menores e uma maior qualidade das prestações da outra parte.

¹³⁴ A União Européia possui algumas diretivas a respeito do tema. Entre elas: Diretiva 71/305/ECC, Diretiva 93/37/EEC, Diretiva 2004/18/EC e Diretiva 2004/17/EC.

¹³⁵ O Banco Mundial, quanto aos projetos que financia, exige em regra o concurso para a apresentação de ofertas. É o que se extrai das diretrizes apresentadas pelo mesmo: “*In most cases, International Competitive Bidding (ICB), properly administered, and with the allowance for preferences for domestically manufactured goods and, where appropriate, for domestic contractors for works under prescribed conditions is the most appropriate method. In most cases, therefore, the Bank requires its Borrowers to obtain goods, works and services through ICB open to eligible suppliers and contractors*” – *Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits*, Maio de 2004, revisado em Outubro de 2006 e Maio de 2010. Disponível em: «siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ProcGuid-10-06-RevMay10-ev2.pdf».

¹³⁶ A FIDIC não estipula um método específico de escolha da entidade a ser contratada, mas destaca a necessidade da presença do elemento de internacionalidade no prefácio dos seus modelos contratuais: “*The forms are recommended for general use where tenders are invited on a international basis*”.

¹³⁷ Menezes Cordeiro, op. cit., 1987, p. 12/13.

- c) *a procura da melhor gestão*: apesar de possuir uma ideia concreta daquilo que pretende em termos finais com o contrato, o autor do concurso muitas vezes aguarda o aparecimento de propostas que demonstrem o melhor caminho a seguir. Neste sentido, os candidatos não se limitarão a oferecer melhores condições, mas de algum modo se associarão à gestão do autor, apresentando estudos e projetos que poderão indicar a melhor forma de se atingir o objetivo final.
- d) *a legitimação da escolha*: o concurso legitima a escolha. Perante um concurso gerido com eficiência, não subsistirão dúvidas quanto à busca e a consequente escolha do candidato, pelo menos em tese, mais apto a assumir o papel de contratante. É verdade que na esfera jurídico-privada a legitimidade contratual apoia-se na livre escolha dos outorgantes. No entanto, mesmo dentro da própria empresa pode ser importante tal legitimação, como por exemplo, para demonstrar aos acionistas de uma empresa que foi feita a melhor escolha dentro daqueles critérios estabelecidos para a contratação.

Em âmbito privado, a realização do concurso para a celebração de um contrato repousa, em primeira linha, sob o princípio da autonomia privada, segundo o qual as pessoas são livres para celebrar contratos, podendo livremente optar ou não por uma determinada empresa interessada.

Neste sentido, o concurso para a celebração de um contrato não assume uma forma rígida, podendo se moldar de acordo com os interesses em jogo. De qualquer maneira, é possível apontar dois princípios básicos que deverão sempre ser observados neste âmbito: o princípio da autonomia privada e o princípio da tutela da confiança legítima.

A aplicação do princípio da autonomia privada implica que, em Direito Privado ou em outras áreas onde a autonomia da vontade se faz presente, as pessoas produzam os efeitos jurídicos que melhor lhes convêm, desde que não haja proibição legal. Vale ressaltar que a autonomia privada exige respeito pela palavra dada, quando juridicamente relevante, operando-se tal regra em qualquer situação negocial.

A prevalência da autonomia privada faz com que, para além da liberdade de escolha da própria via concursal, o seu autor possa precisar seu alcance, as regras aplicáveis e a própria margem de atuação que entenda ser interessante reservar para si. Neste sentido, é possível afirmar que o autor do concurso goza de *liberdade de celebração* e de *liberdade de estipulação*¹³⁸.

No entanto, a autonomia privada é de todo modo inseparável da ideia de responsabilidade e aqui se faz presente o princípio da tutela legítima da confiança como princípio moderador e complementar da liberdade negocial. Segundo este princípio, no espaço jurídico e nas áreas dominadas pela autonomia privada, as pessoas que, mediante condutas adequadas, sejam levadas a aderir a determinadas situações, recebem proteção do Direito, ainda que, posteriormente, se apure a insubsistência ou até a inexistência da situação aderida¹³⁹.

O método concursal pode assumir duas modalidades diferentes: a do concurso público ou aberto (*open tender*), no qual há uma divulgação ou um edital público em que qualquer entidade interessada que reúna as condições exigidas para o concurso pode se candidatar; ou a do concurso restrito ou seletivo (*selective tender*), no qual apenas podem apresentar propostas as entidades convidadas ou indicadas pelo cliente, o qual fará a seleção de acordo com o seu conhecimento de mercado ou através de um processo de qualificação prévia. Neste processo de pré-qualificação, as entidades interessadas são convidadas a fornecer evidências da sua capacidade e experiência na execução das tarefas que irão formar o objeto do contrato, o que irá servir de base para a seleção de um pequeno rol de interessados que passarão a integrar uma lista limitada (*short list*), da qual então sairá a entidade selecionada¹⁴⁰. Para além disso, no caso de contratos complexos como os contratos “chave na mão”, poderá ainda existir uma etapa adicional de seleção. Neste caso, pode ser requisitado aos participantes o envio de propostas técnicas baseadas em um projeto conceitual ou em especificações de

¹³⁸ Menezes Cordeiro, op. cit., 1987, p. 32.

¹³⁹ Para Menezes Cordeiro (1987: 30 e ss.), o estudo do fenómeno contratual mostra que tais princípios interligam-se: “a autonomia privada torna-se, designadamente, inexequível quando não se faça acompanhar por um mínimo de tutela da confiança. A autonomia privada só o é, verdadeiramente, quando as suas manifestações correspondam à vontade real do agente. Qualquer desvio da vontade declarada em relação à vontade real deveria provocar a invalidade da declaração. Mas isso não é possível, por óbvias razões de segurança: o Direito só admite a relevância jurídica do erro, por exemplo, em certos casos que expressamente define, como sucede com o artigo 247º do Código Civil: sempre que uma declaração negocial não corresponda integralmente à vontade do agente e – como sucede na maioria dos casos – ela não possa, não obstante, ser impugnada, ocorre, se bem se atentar, uma *manifestação de tutela de confiança* e não de autonomia privada.”

¹⁴⁰ Cf. Murray et. al., , p. 600-601; e Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 82-83.

performance, além de documentos adicionais e de uma proposta técnica e comercial definitiva¹⁴¹.

Através deste método concorrencial de seleção, seja ele aberto ou restrito, o autor do concurso, neste caso o cliente pela denominação que adotamos, deve fornecer aos interessados um conjunto de documentos ou caderno de encargos relacionados ao concurso que contenham tudo aquilo que é necessário para a conclusão do contrato, com exceção daqueles termos que não de ser propostos pela própria sociedade de engenharia, como por exemplo, o preço final do contrato.

As mais variadas condições que poderão estar inseridas no caderno de encargos devem ser acatadas por todos os candidatos interessados na celebração do contrato. É possível, sob o enfoque de uma interpretação pautada na boa-fé, dispensar aspectos secundários, que não se demonstrem relevantes em termos de resultado final, desde que, com isso, não sejam prejudicadas ou afetadas opções deliberadas do autor do concurso, nem sejam frustradas as justas expectativas criadas pelos interessados. Deve-se levar em conta, sobretudo, a obediência aos dispositivos concursais, exigência esta derivada dos dois princípios fundamentais básicos supra referidos: a *autonomia privada* do autor do concurso, exteriorizada nos termos de abertura do concurso, os quais devem ser respeitados; e a *tutela da confiança legítima* dos interessados, os quais, observando os termos do concurso, depositam neles as suas expectativas e pautam a sua conduta, esperando que os mesmos se mantenham na forma como se apresentaram.

Este processo concursal normalmente envolve pouca ou até mesmo nenhuma negociação. Em igualdade de condições, as entidades interessadas então formularão suas propostas com base nos documentos fornecidos. É normal ainda que seja exigido dos participantes a apresentação de garantias de proposta ou oferta (*tender bond*), usualmente vinculadas a bancos ou companhias de seguros e que irão assegurar o cliente contra propostas de entidades com menor capacidade técnica e financeira, além de conferir garantias contra o não cumprimento das regras do concurso por parte do concorrente¹⁴². Futuramente, diante da seleção da melhor proposta, aí sim haverá intensas rodadas de negociações entre as partes tendo em vista a preparação do contrato definitivo¹⁴³.

¹⁴¹ Esse é o procedimento que consta das diretrizes do Banco Mundial.

¹⁴² Rodriguez, op. cit., p. 1778.

¹⁴³ Baker, op. cit., p. 38.

As mais variadas condições que poderão estar inseridas no caderno de encargos devem ser acatadas por todos os candidatos interessados na celebração do contrato.

Normalmente entende-se que em um processo concorrencial de seleção, a proposta que apresentar o menor preço deverá sair vencedora. É possível, inclusive, que diante de determinadas exigências legislativas ou institucionais, seja dada preferência à proposta de menor preço. No entanto, existem alguns riscos que devem ser avaliados no processo de seleção da entidade com a qual o cliente irá contratar. A princípio, a decisão final a respeito do processo de seleção é de livre apreciação por parte daquele que promove o mesmo, apoiando-se normalmente na avaliação de peritos quanto a critérios técnicos. Os critérios que devem incidir no momento da escolha serão os mais diversos dependendo da natureza do projeto, mas devem levar em conta especialmente a relação qualidade-preço, capacidade, experiência e solvabilidade de cada um dos concorrentes. Ou seja, deve-se buscar a melhor oferta, o que não significa necessariamente o menor preço¹⁴⁴. Não se pode excluir, sobretudo no que diz respeito aos contratos internacionais, a possibilidade de influências político-econômicas por parte de autoridades públicas ou grupos de pressão política¹⁴⁵.

No entanto, importa notar que nem sempre o cliente possui total liberdade de escolha a respeito do método a ser utilizado para a seleção da contraparte no contrato. Como mencionado anteriormente, a liberdade de escolha do método de seleção a ser utilizado pelo autor do concurso pode encontrar limitações tanto por parte de normas imperativas de direito, em conformidade com a lei aplicável, quanto por normas provenientes do regulamento de uma instituição internacional que venha a financiar o projeto. Estas normas ou regulamentos podem ser aplicáveis a qualquer entidade naquele Estado, seja ela pública ou privada, ou incidir apenas nos casos em que o Estado promove o concurso, concedendo, neste último caso, maior liberdade de escolha aos particulares a respeito do procedimento que desejam adotar¹⁴⁶.

No Brasil, no que diz respeito às contratações realizadas pela administração pública, de acordo com o exposto no parágrafo 3º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, as licitações internacionais devem seguir a modalidade de concorrência, admitindo-se, no entanto, a tomada de preços quando “o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou

¹⁴⁴ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 83.

¹⁴⁵ Le Tourneau, op. cit., p. 70.

¹⁴⁶ *Uncitral Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, United Nations, New York, 1988, p. 27.

serviço no País”. Na mesma lei, o art. 42 determina que na concorrência internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. Já quanto às entidades privadas, pode-se dizer que fica a cargo de cada ente efetuar suas contratações da forma que melhor lhe convier. No entanto, é importante fazer menção a uma exceção encontrada na legislação brasileira. A contratação, nos casos de importação de matérias-primas, produtos intermediários e componentes destinados à fabricação, no Brasil, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos no mercado interno, sob amparo do regime aduaneiro especial de que trata o art. 5º da Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, será necessariamente precedida de licitação internacional, conforme o art. 1º do Decreto Nº 6.702, de 18 de Dezembro de 2008¹⁴⁷.

O regime especial tratado pelo art. 5º da Lei nº 8.032/90 é o chamado “*drawback*”, instituído em 1966 pelo Decreto Lei nº 37, de 21/11/66, e que consiste na suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado. O mecanismo funciona como um incentivo às exportações, pois reduz os custos de produção de produtos exportáveis, tornando-os mais competitivos no mercado internacional. Em síntese, após as diversas alterações legislativas referentes à aplicação do referido regime, é possível afirmar que o mecanismo do *drawback* poderá ser aplicado para o caso de mercadorias que são importadas para a fabricação, no Brasil, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos no mercado interno, em decorrência de licitação internacional na qual o pagamento é proveniente: a) de financiamento concedido por instituição financeira internacional da qual o Brasil participe; b) de entidade governamental estrangeira; c) e do Banco Nacional de Desenvolvimento com recursos captados no exterior.

Assim, de acordo com a legislação brasileira, nos casos em que uma pessoa jurídica de direito privado do setor privado pretenda ser beneficiada com o regime de *drawback*, a contratação deverá necessariamente ser precedida de licitação internacional, conforme o Decreto Nº 6.702, de 18 de Dezembro de 2008. Neste caso, nos termos do art. 2º, “[a]s pessoas jurídicas de direito privado do setor privado obedecerão às normas e procedimentos específicos das entidades financiadoras, ou, na sua falta, as disposições deste Decreto”. Deverão, da mesma forma, assim como ocorre

¹⁴⁷ Em 18 de dezembro de 2008, foi editado o Decreto Federal 6.702, que “institui normas e procedimentos aplicáveis às licitações internacionais promovidas por pessoas jurídicas de direito privado do setor privado”.

nas licitações levadas a cabo pela administração pública, serem observados diversos princípios como o da isonomia, da impessoalidade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da ampla competição e do julgamento objetivo.

A par da exceção acima mencionada, observando-se tanto o regime jurídico privado português quanto o brasileiro, pode-se dizer, em resumo, que o ponto basilar em matéria de concurso para a celebração de um contrato entre entes privados reside no fato de que os interessados no concurso adquirem o direito de serem tratados com igualdade e isonomia com relação aos demais participantes, submetendo-se a critérios justos e julgamento. Assim, quando o autor do concurso beneficia apenas um dos interessados ou utiliza-se de critérios desconformes do que aqueles que se poderia esperar do concurso, haverá violação da posição dos demais concorrentes¹⁴⁸.

Conclui-se, desta maneira, que a regra na escolha da sociedade de engenharia em um contrato “chave na mão”, assim como em todos os outros contratos ajustados entre entidades de direito privado, é a da plena liberdade de escolha do meio a ser utilizado para tal seleção. No entanto, ao se optar pelo método do concurso ou da concorrência, ficam os seus autores vinculados aos seus termos, devendo segui-los e respeitá-los até o final do procedimento.

9.2 As Negociações Pré-Contratuais

Antes de ser concluído e assumir sua forma definitiva, um contrato pode produzir efeitos jurídicos. As negociações que antecedem a conclusão do contrato podem gerar obrigações e inclusive limitar a liberdade de ação das partes envolvidas, vinculando-as a certos padrões pré-estabelecidos na fase negocial. Tal realidade se impõe especialmente no que diz respeito aos contratos complexos e de grande abrangência, como é o caso dos contratos aqui visados, nos quais as negociações e o respectivo desenvolvimento podem levar meses ou até anos e envolver a participação diferentes entidades.

A estrutura legal que reveste essas operações é igualmente complexa. Muitas vezes, existem diferentes contratos interdependentes com inúmeras cláusulas que abrangem tanto aspectos técnicos quanto aspectos jurídicos. Neste sentido, as

¹⁴⁸ Menezes Cordeiro, op. cit., 1987, p. 49.

negociações destes contratos tendem a ser longas e trabalhosas. Entre a definição inicial dos objetivos em comum das partes e a assinatura final do contrato existe um longo caminho a percorrer: estudos preliminares, obtenção de recursos e assistência de terceiros (instituições financeiras e seguradoras), autorizações governamentais e o detalhamento de diversos aspectos do contrato (prazos, lei aplicável, resolução de litígios, cláusulas de variação, etc.), são algumas das etapas a serem percorridas neste processo. É comum, inclusive, que a discussão a respeito desses diversos aspectos perdure mesmo após o início da execução do contrato, quando a urgência do projeto impuser que o mesmo tenha início antes do contrato estar definitivamente completo¹⁴⁹.

Sendo assim, em contratos com a dimensão e a complexidade dos contratos “chave na mão”, as negociações não podem ser retratadas pelo esquema clássico da proposta e da aceitação. Ao contrário, tais negociações muitas vezes tomam um grande período de tempo, no qual se combinam dados técnicos e jurídicos e envolvem-se responsáveis pelas empresas e seus administradores, advogados, engenheiros, especialistas e financiadores. As sucessivas etapas que formam parte deste desenvolvimento da relação negocial criam a necessidade de uma limitação de riscos à medida que decorrem, gerando a necessidade da celebração de *acordos intermédios* ou a chamada *contratação mitigada*¹⁵⁰.

Durante essa prolongada fase de construção do acordo, as partes geralmente sentem a necessidade de elaborar uma série de acordos preparatórios, as chamadas cartas de intenção (outras denominações também são utilizadas, como veremos adiante).

De início, esses documentos irão determinar o objeto e o propósito das negociações que irão ocorrer, estabelecendo regras procedimentais a serem observadas. À medida que as negociações avançam, seus resultados vão sendo documentados, desde os aspectos mais básicos até os mais detalhados. Além de orientar as partes e estabelecer desde já algumas obrigações das mesmas, estes documentos irão servir também para informar terceiros interessados no desenvolvimento deste contrato.

Neste sentido, as cartas de intenção, conhecidas pelo seus termos equivalentes em inglês “*letter of intents*” ou “*memorandum of understanding*”¹⁵¹, são quaisquer

¹⁴⁹ Fontaine, Marcel e De Ly, Filip, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, p. 1

¹⁵⁰ Santos Júnior, 2009, p. 87. Quanto ao termo “contratação mitigada”, o autor faz referência à terminologia utilizada por Antonio Menezes Cordeiro em *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lisboa, 1993, p. 61-62, e *Tratado de Direito Civil Português*, I, t. 1, p. 532 e ss.

¹⁵¹ Outras expressões também podem ser encontradas com o mesmo propósito, tais como: *commitment letters*, *binders*, *agreements in principle*, *preliminary agreements*, *heads of agreements*. É comum ainda

documentos, geralmente concisos, que estabelecem a estrutura geral de um acordo proposto, contendo alguns elementos essenciais do contrato, como o preço final, as condições para a conclusão e um roteiro para o andamento das negociações relativas à um contrato. As cartas de intenção normalmente formam parte das negociações e da assinatura de um contrato definitivo, o qual irá conter todos os termos da transação comercial em causa.

Dentro de uma estrutura temporal de negociação de um contrato, a elaboração das Cartas de Intenções é a etapa seguinte à seleção da contraparte no contrato, neste caso, da sociedade de engenharia. Através do método individual e direto de seleção da contraparte contratual, o cliente escolhe uma sociedade de engenharia com a qual irá negociar particularmente para eventualmente fechar o acordo com a mesma. Ou seja, esta seleção direta, por si só, não significa que o contrato será assinado entre as partes. Antes disso, irão se desenrolar as negociações que culminarão ou não na conclusão de um contrato definitivo. Mesmo no caso da seleção da contraparte ter se realizado por meio de concurso ou concorrência, haverá espaço para negociações entre as partes. No entanto, a abertura e a flexibilidade desse processo negocial irá variar conforme o grau de concretização de certas condições contratuais e técnicas que constavam dos documentos de encargos apresentados no início da concorrência¹⁵².

A natureza legal das Cartas de Intenção suscita diversos questionamentos, sobretudo no que diz respeito às obrigações que dela decorrem. Embora possam assumir os mais variados tipos de prática jurídico-negocial, pode-se afirmar que alguns tipos de cartas de intenção ou algumas cláusulas contidas nestas criam certas obrigações legais para as partes que negociam. As principais dificuldades em relação à caracterização jurídica das cartas de intenção decorrem, em primeiro lugar, do diferente tratamento que recebem conforme a lei aplicável e, em segundo lugar, da rara abordagem feita das mesmas por parte das regras clássicas de direito dos contratos¹⁵³.

Apesar do estudo das cartas de intenção e de documentos similares ter se desenvolvido nos últimos anos, passando a ser objeto de maior aprofundamento doutrinário, bem como de decisões de Tribunais estaduais e de arbitragem, os acordos pré-contratuais continuam exigindo uma reflexão baseada, sobretudo, em princípios

na prática, o uso de abreviações como “L/I” (*letters of intent*), “MoU” (*memorandum of understanding*) ou “LoU” (*letter of understanding*).

¹⁵² Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 86.

¹⁵³ Fontaine/ De Ly, op. cit., p. 3.

gerais de direito, dificultada pelas variações em que tais princípios podem incorrer dependendo do sistema jurídico considerado.

Neste sentido, buscando consolidar uma análise ampla a respeito destes instrumentos pré-contratuais no cenário internacional, nos reportaremos, em primeiro lugar, ao estudo realizado pelo *Working Group on International Contracts*¹⁵⁴ a respeito dos mesmos, para depois remeter à questão da lei reguladora de tais instrumentos e da importância da boa fé neste contexto.

O método utilizado pelo *Working Group on International Contracts* (adiante *Working Group* ou *grupo de estudos*) para o estudo das Cartas de Intenção se consubstanciou na análise de mais de 100 amostras destes documentos ou de documentos análogos, abrangendo as mais diversas formas que em que estas podem se apresentar. A partir desta análise, estes documentos foram então divididos em dois grupos. No primeiro grupo estavam aqueles documentos que poderiam ser classificados conforme uma categoria legal tradicional, como a "proposta e aceitação" e a "promessa de contratar", enquanto no segundo estavam as cartas de intenção propriamente ditas e que serão aqui analisadas.

Quanto a este segundo grupo, os quais, como afirmado anteriormente, são os que mais interessam no âmbito dos contratos aqui estudados, a primeira questão a ser colocada diz respeito ao efeito legal atribuído a estes documentos.

Neste sentido, importa notar, antes de mais nada, que a teoria a respeito da formação contratual não alcançou o mesmo estágio de evolução nos diferentes sistemas analisados. De qualquer forma, a princípio, as partes não se vinculam enquanto o contrato não é concluído. Em contratos privados, soa normal que as partes possuam total liberdade no processo de negociação do contrato, assim como na decisão de contratar ou não com a parte com quem negociam.

Nos países de *civil law*, no entanto, essa liberdade pode encontrar algumas limitações. A interrupção das negociações e a desistência de contratar pode incidir na

¹⁵⁴ O *Working Group on International Contracts* reúne-se desde 1975 para a realização de análises sistemáticas das principais cláusulas encontradas nos contratos internacionais. Participam do grupo representantes de diversos países (incluindo o Brasil), os quais se encontram de duas a três vezes ao ano para discutir e analisar abundante documentação a respeito de diferentes tópicos relativos a tais contratos. Os resultados e conclusões dos estudos realizados pelo grupo oferecem uma visão contemporânea de como os contratos internacionais devem ser redigidos e são normalmente publicados ou no *Droit Et Pratique du Commerce International* ou no *International Trade Law Journal*. Durante o período de 1975 a 1992, o grupo era presidido por Marcel Fontaine e, posteriormente, por Filip de Ly, ambos autores da obra (devidamente referenciada) que coleta e atualiza os estudos publicados pelo grupo de 1975 a 2001 e que nos serve de base para a análise dos mesmos.

responsabilidade pré-contratual da parte que a ocasionou quando ocorre mediante circunstâncias contrárias a boa fé. Isso ocorre nos casos em que, por exemplo, a quebra das negociações é acompanhada de um prejuízo causado a outra parte ou quando resta provado que uma parte entrou em negociações com o único objetivo de ter acesso a informações comerciais da outra parte, sem nunca ter tido a real intenção de celebrar um contrato¹⁵⁵. Em países como a França, Bélgica, Itália, Brasil e Portugal, a base legal para aferir tais comportamentos se encontra no direito da responsabilidade civil. Mais especificamente, pode-se dizer que vigora nos países de *civil law* o princípio da responsabilidade pré-contratual, ainda que existam diferenças com relação as bases deste instituto em cada Estado.

Já os países de *common law* se mostram muito mais relutantes em admitir a responsabilidade pré-contratual das partes. O entendimento dominante, neste sentido, é o de que cada parte persegue seus próprios interesses durante as negociações. Neste sentido, em princípio, as partes possuem livre arbítrio durante as negociações, incluindo o poder de interromper as negociações a qualquer momento de acordo com sua vontade e seu interesse. De qualquer maneira, alguns limites podem ser identificados. O direito inglês, por exemplo, não possui uma teoria geral desenvolvida a respeito da responsabilidade pré-contratual. No entanto, os Tribunais ingleses sempre foram muito sensíveis às práticas do comércio internacional e inclusive já admitiram a natureza contratual de acordos preparatórios que incidam sobre questões específicas como exclusividade e confidencialidade das negociações¹⁵⁶. Para *MOURA VICENTE*¹⁵⁷, inexistente no direito inglês vigente um dever geral de atuação segundo a boa fé a cargo das partes durante o andamento das negociações do contrato. Não obstante, é possível encontrar consagrações do princípio da boa fé objetiva e subjetiva na regulamentação de situações específicas, tais como a interpretação e integração dos contratos segundo os *standards* do homem médio; o dever de não enganar a contraparte, sancionado pelo instituto da *misrepresentation*¹⁵⁸; o *promissory stoppel*¹⁵⁹; os deveres de prestação de

¹⁵⁵ Fontaine/ De Ly, op. cit., p. 35.

¹⁵⁶ No caso *Walford v. Miles*, de 1992, a *House of Lords*, ainda que de forma limitada, reconheceu um acordo de exclusividade como obrigatório. Para uma análise mais detalhada do caso ver Edwin Peel, “*Locking Out*” and “*Locking In*”: *The Enforceability of Agreements to Negotiate*, in *The Cambridge Law Journal*, 1992, Cambridge University Press, p. 211.

¹⁵⁷ Vicente, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 290 e ss.

¹⁵⁸ “No Direito inglês entende-se por *misrepresentation* uma declaração inexacta, por desconforme à verdade dos factos, proferida antes ou aquando da celebração de um contrato, que induza o declaratório à celebração do mesmo. Distingue-se do erro comum (*mistake*), na medida em que este não é causado por outrem” (VICENTE, Dário Moura, op. cit., 2001, p. 276).

informações face à contraparte que vigoram nos contratos *uberrimae fidei* (*utmost good faith*); e a doutrina da *breach of confidence*.

Observa-se, desta maneira, que a imposição de deveres pré-contratuais de conduta e responsabilidade pelos danos causados pelo seu incumprimento, em países de *civil law*, como Brasil e Portugal, reflete o entendimento neles consagrado a respeito do equilíbrio entre esses interesses, qual seja, o de que o contrato aceitável não é qualquer contrato, mas somente o àquele conforme as exigências da ética social. Este ponto de vista, no entanto, não encontra respaldo nos sistemas de *common law*, nos quais a preocupação maior do Direito Civil consiste em assegurar condições essenciais ao funcionamento da economia de mercado, com especial ênfase na liberdade contratual e a força vinculativa dos contratos. Por configurar certa limitação à autonomia privada, a responsabilidade pré-contratual tem menor acolhimento nestes sistemas. Portanto, não há aqui apenas uma diferença de conceitos quanto à responsabilidade pré-contratual, mas sobretudo entendimentos diversos acerca da posição relativa das partes nas preliminares do contrato e na sua formação¹⁶⁰.

Os Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais (art.2.15)¹⁶¹, assim como os Princípios Europeus de Direito Contratual (art. 2:301), também dispõem a respeito da responsabilidade pré-contratual derivada de comportamento contrário a boa fé nas negociações.

Neste contexto, a Corte de Arbitragem da CCI teve a oportunidade de proferir uma sentença analisando diversos aspectos dos “*memorandums of understanding*”, distinguindo-os também em dois tipos de provisões¹⁶². Os primeiros são aqueles considerados como acordos finais e que, portanto, vinculam as partes. Quanto ao segundo grupo, formado por termos gerais referentes às intenções das partes em concluir eventuais e futuros contratos, o tribunal arbitral considerou que, quando as partes chegam a um acordo a respeito de aspectos gerais a serem implementados por

¹⁵⁹ “O *promissory estoppel* é, na verdade, antes de tudo o mais, um expediente gizado pela jurisprudência norte-americana e inglesa a fim de colmatar as insuficiências do conceito de contrato próprio dos Direitos anglo-saxónicos, com a sua rígida exigência de uma contrapartida negociada como condição de eficácia de toda a promessa contratual. É a recusa de eficácia à promessa informal desprovida de —considerationl, que decorre daquele conceito, revela-se susceptível de conduzir a resultados iníquos sempre que o promissário haja alterado a sua posição jurídica confiando nela e o promitente devesse prever essa reacção do promissário” (VICENTE, Dário Moura, op. cit., p. 284).

¹⁶⁰ Vicente, Dário Moura - *A Formação dos Contratos Internacionais*, separata de “Estudos de Direito Comercial Internacional – vol. 1”, Almedina, Coimbra, 2004, p. 200.

¹⁶¹ A respeito deste artigo, ver M. Suchankova, *Les Principes d’Unidroit et la responsabilité précontractuelle en case d’échec des négociations*, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1997, p. 691-702.

¹⁶² Sentença CCI N° 8331, publicada no *Journal Du Droit International*, 1998, p. 1041.

elas em um determinado momento posterior, elas assumem uma obrigação de empenhar seus melhores esforços para a concretização desses acordos, no sentido de assegurar que aqueles termos gerais se tornem parte do contrato definitivo assinado por elas. Fazendo ainda referência ao segundo parágrafo do art. 5.1.4 dos Princípios Unidroit, o qual estabelece o alcance dos deveres de melhor esforço nos contratos internacionais, o Tribunal entendeu que as tratativas gerais referentes às intenções das partes em estabelecer certos acordos, contidas no *memorandum*, obrigam as partes a empenharem seus melhores esforços para transformar tais intenções em cláusulas definitivas do contrato final, tornando-as vinculativas para ambas as partes. Neste sentido, tal sentença vai de encontro ao entendimento de que negociações preliminares, corporificadas como Cartas de Intenção, podem, em determinadas circunstâncias, assumir a natureza de obrigações contratuais.

Tendo em vista as observações feitas, bem como as conclusões alcançadas pelo *Working Group on International Contracts*, tem-se que o andamento das negociações entre as partes normalmente implica na conclusão de diferentes acordos preliminares aos contratos definitivos. Estes acordos, que constituem o que se costuma chamar de Cartas de Intenção e que tendem a ser muito importantes nos contratos internacionais de engenharia por diversas razões, dizem respeito tanto à aspectos específicos e técnicos do futuro contrato quanto ao estabelecimento de parâmetros gerais para o progresso das negociações. Entre eles, é possível destacar os acordos de exclusividade nas negociações; de sigilo a respeito das informações trocadas; de prazos a serem observados; de realização de estudos preliminares; ou ainda de reembolso de despesas.

Tais acordos, assim como aqueles referentes à progressiva determinação de elementos de um contrato futuro, podem surgir em diferentes estágios de negociação, seja na forma de uma expressão muito geral das intenções de contratar; numa lista de bases gerais do eventual contrato, contendo diferentes aspectos a serem considerados nas negociações; numa lista de resultados obtidos durante as negociações; ou ainda na elaboração do contrato de forma parcialmente completa, deixando espaço para a inclusão de detalhes a serem futuramente negociados. Dentre estes ainda incluir-se-ia o acordo que, em estágio final das negociações, autoriza uma das partes a iniciar a execução do contrato mesmo antes de concluído¹⁶³.

¹⁶³ Fontaine/De Ly, op. cit., p. 37.

No entendimento do referido grupo de estudos, nem todas essas negociações se enquadram em formas legalmente previstas. No entanto, tendo em vista as inúmeras situações em que podem surgir, deve-se considerar que o grau de complexidade das negociações, a extensão das mesmas e o custo que envolvem normalmente levam as partes a buscar garantias efetivamente contratuais no que diz respeito ao processo de negociação e aos resultados obtidos no decorrer deste.

Especificamente quanto aos contratos chave na mão, é possível destacar três acordos pré-contratuais de maior relevância prática: o acordo de negociação (*agreement to negotiate*); o acordo parcial (*agreement with open terms*); e o acordo de confidencialidade (*confidentiality agreement*)¹⁶⁴.

O acordo de negociação é acordo no qual as partes, ao atingirem um estágio de desenvolvimento das negociações, se obrigam a prosseguí-la com o objetivo de alcançar o acordo final, obrigando-se a fazê-lo de boa-fé, empenhando seus melhores esforços para tanto, o que não significa necessariamente uma obrigação de negociação exclusiva, a qual só existirá caso seja acordada pelas partes. Ao se comprometerem a continuar as negociações de boa-fé, as partes não poderão interromper as mesmas injustificadamente ou sob vagas alegações de mudança de intenções ou circunstâncias. Caso contrário, deverá ser aferida a responsabilidade pré-contratual da parte que viola o acordo.

Já o acordo parcial é aquele que irá conter desde logo estipulações prévias que estarão presentes no contrato final, permanecendo a obrigação das partes em negociar os pontos ainda em aberto e que irão, juntamente com aquelas estipulações já definidas, fazer parte dos termos do acordo final. Diante da complexidade e das dimensões que pode assumir um contrato “chave na mão”, as partes se inclinam a fazer ressalvas de que os pontos previamente acordados não possuirão força vinculativa enquanto o contrato final não seja celebrado, utilizando-se para tanto de fórmulas do tipo *subject to contract* ou *not binding until final agreement is executed*. Os acordos parciais, segundo PINTO OLIVEIRA, “documentam um consenso em relação a alguma ou algumas cláusulas do contrato: as partes fazem um balanço das negociações, distinguindo os pontos sobre os quais já há um acordo e os pontos sobre os quais ainda não há um consenso”¹⁶⁵. Isto pode ser particularmente interessante nas negociações para a celebração de um contrato “chave na mão”, uma vez que é útil para situar as partes

¹⁶⁴ Cf. Santos Júnior, op.cit., 2009, p. 90/91.

¹⁶⁵ Oliveira, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2011, Coimbra Editora, Coimbra p. 253.

quanto ao estágio de evolução das tratativas, assegurando os pontos já acordados e levando as partes a empreenderem esforços para alcançar um acordo quanto aos pontos faltantes.

Por último, assume particular relevância o acordo de confidencialidade. Ainda que o dever de confidencialidade decorra de um princípio de boa-fé que naturalmente deve ser observado na relação negocial, um acordo formal de sigilo possui grande interesse em contratos como os aqui em causa e poderá ser reciprocamente estabelecido. É possível que durante as negociações, a sociedade de engenharia transmita ao cliente elementos que revelem de alguma forma o seu saber-fazer (*know-how*), dados estes que necessariamente devem ser protegidos. Não se tratam apenas de dados referentes à tecnologia, mas também de estratégias de mercado, dados financeiros, métodos operativos e outras informações que as partes divulgam entre si durante a execução do contrato, mas que, por razões diversas, não pretendem que sejam divulgadas¹⁶⁶. Neste sentido, o dever de confidencialidade significará não apenas a não transmissão de tais informações a terceiros, mas também a proibição de reutilização destes dados em operações posteriores.

É possível ainda que haja, durante as fases de negociação destes contratos, a necessidade de realização de ensaios prévios ou testes de experimentação, essenciais para a determinação de certas questões de ordem técnica, cuja concretização, pelos seus resultados, irá fatalmente repercutir nas cláusulas do futuro contrato. Assim, tendo em vista que o contrato final pode vir a não ser celebrado, é comum que as partes celebrem acordos prévios e independentes, relativos à experimentações e ensaios prévios, prevendo aspectos como o tempo, modo de realização e pagamento de custos.

De qualquer forma, como já destacado, o valor jurídico dos referidos documentos pré-contratuais irá variar conforme a lei aplicável.

Na falta de normas de Direito uniforme que se atenham especificamente à responsabilidade pré-contratual em situações plurilocalizadas, deve-se determinar a sua disciplina jurídica unicamente a partir de um ou mais sistemas jurídicos locais, a serem determinados através de regras de conflitos. Ainda que não caiba aqui grande aprofundamento quanto a determinação da lei aplicável em caso de responsabilidade pré-contratual, vale dizer que nas situações de responsabilidade por danos causados nas preliminares ou na formação dos contratos internacionais, caso se considere a mesma

¹⁶⁶ Cretella, op. cit., p. 445.

como uma responsabilidade oriunda de uma obrigação contratual, no caso de Portugal, determinar-se-á a lei aplicável através das regras de conflito contidas na Convenção de Roma (Roma I), a qual será estudada com maior aprofundamento quando tratarmos da questão da lei aplicável ao contrato.

Por outro lado, caso se trate de responsabilidade extracontratual, deverá a lei aplicável ser determinada conforme o Regulamento “Roma II”, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais¹⁶⁷. Já no direito brasileiro, a regra aplicável é sempre a do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que a mesma abrange todos os tipos de obrigação¹⁶⁸.

A determinação da lei aplicável irá indicar o alcance e a eficácia jurídica dos acordos pré-contratuais, os quais, como vimos, possuem diferente valor conforme o sistema jurídico em causa. O próprio princípio da boa-fé, elemento fundamental como enquanto reflete um dever de apresentação de conformidade a uma realidade especificamente ligada à causa de um contrato, irá ganhar contornos mais definidos a partir da definição da lei aplicável, uma vez que os deveres dele decorrentes também variam de país para país.

9.3 A Conclusão do Contrato

9.3.1 A forma e o idioma do contrato

Superado o longo caminho das negociações preliminares e chegando-se a um acordo final de vontades, as partes celebram então o contrato definitivo. A forma do contrato é exatamente o modo pelo qual a manifestação da vontade, como ato jurídico, se exterioriza nas relações sociais, destinando-se a garantir a obrigatoriedade do seu conteúdo.

No direito antigo, era comum a imposição de uma série de formalidades, normalmente exigindo-se a presença de testemunhas para atestarem a validade e a existência dos atos. Nesta esteira, as formalidades tornavam os atos solenes e como tal impunham-se à sociedade. No Direito Romano, assim como posteriormente no direito germânico, a forma era a regra e qualquer desobediência a uma formalidade implicaria na nulidade do ato. No entanto, o dinamismo alcançado pela expansão das relações

¹⁶⁷ Quanto ao tema da lei aplicável às obrigações pré-contratuais ver: Vicente, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coleção Teses, Almedina, 2001.

¹⁶⁸ Baptista, op. cit., 2010, p. 141.

mercantis em todo o mundo não mais permite grande apego às formalidades. Atualmente, impera na generalidade das ordens jurídicas o chamado “princípio da liberdade de forma”, que é característica dos direitos modernos em oposição aos primitivos¹⁶⁹.

De qualquer maneira, é possível ainda que determinados sistemas jurídicos prevejam o cumprimento de formalidades para a celebração de alguns contratos. Do mesmo modo, é plausível que as próprias características do contrato, bem como sua complexidade, façam com que o atendimento à certas formalidades, como a exigência de forma escrita, seja essencial para a celebração do contrato. É o caso dos contratos internacionais “chave na mão”, os quais serão naturalmente celebrados através de forma escrita, não por exigência legal, mas pela relevância dos interesses envolvidos, assim como pela dimensão dos valores em causa e a complexidade das prestações, fatores estes que exigem uma forma que permita maior rigor e que ao mesmo tempo facilite a prova. A inexistência de sustentação material para a identificação das obrigações das partes dificultaria sobremaneira a execução e a exigibilidade do contrato¹⁷⁰.

Assim, verificada a conveniência da forma escrita para os contratos objeto deste estudo, deve-se determinar qual o idioma que irá ser adotado no instrumento contratual e nas comunicações entre as partes. Em contratos internacionais, é comum que as partes tenham como línguas maternas idiomas diferentes, o que abre para as partes as seguintes possibilidades: a) o contrato é redigido no idioma de uma das partes; b) o contrato é redigido em um terceiro idioma, que não o das partes (idioma neutro); c) o contrato é redigido em dois ou mais idiomas, tendo ambas as versões a mesma autoridade, em caso de dúvidas; d) o contrato é redigido em dois ou mais idiomas, sendo que um desses idiomas irá prevalecer em caso de dúvida.

Caberá então às partes escolherem o idioma ou os idiomas do contrato, assim como o idioma que irá ser utilizado nas comunicações entre as partes, o qual servirá como meio de expressão de declarações jurídicas de vontade e de considerações técnicas. É este o entendimento que se encontra disposto na sub-cláusula 1.4 do *Silver Book* da FIDIC, a qual determina que prevalecerá, em caso de dúvida, o idioma escolhido pelas partes e mencionado nas Condições Particulares do contrato. Veja-se:

¹⁶⁹ Venosa, Sílvio de Salvo, *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 9ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2009, p. 433-444.

¹⁷⁰ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 92.

“(...) If there are versions of any part of the Contract which are written in more than one language, the version which is in the ruling language stated in the Particular Conditions shall prevail.

The language for communications shall be stated in the Particular Conditions. If no language is stated there, the language for communications shall be the language in which the Contract (or most of it) is written.”

A escolha do idioma oficial do contrato pode refletir a posição de força de uma das partes, a qual impõe aquele que melhor lhe convém. Por outro lado, pode ser produto de uma negociação específica, na qual serão levadas em conta questões de conveniência para as partes.

Apesar de muitas vezes ser subestimada pelas partes em uma negociação para celebração de um contrato internacional, a escolha do idioma do contrato e das comunicações entre as partes pode se revelar decisiva. Por um lado, a definição de um idioma para as comunicações entre as partes poderá evitar confusões causadas por diferenças linguísticas e traduções. Da mesma maneira, a definição do idioma do contrato é de suma importância. Por exemplo, em um contrato internacional “chave na mão”, pode haver previsão de que o idioma do contrato será tanto o francês quanto o inglês, sem que um prevaleça sobre o outro em caso de dúvida.

Tal estipulação poderá ser conveniente para as partes, porém pode causar entendimentos diversos, sobretudo quanto aos aspectos mais técnicos do contrato. Apesar da língua inglesa certamente ser a mais utilizada nos contratos internacionais, deve-se atentar para os riscos que a utilização de expressões típicas deste idioma podem causar para os que não possuem tal idioma como língua materna, principalmente para aqueles cujo idioma possui origem diversa, como, por exemplo, os idiomas de origem latina¹⁷¹. Da mesma forma, é importante equilibrar a escolha do idioma do contrato com as escolhas da lei aplicável ao mesmo e do foro competente para resolução de litígios ou ainda com o idioma no qual proceder-se-á a arbitragem, caso tenha sido este o modo de resolução de litígios escolhido pelas partes.

¹⁷¹ Le Tourneau (op.cit., p. 85) alerta para o risco linguístico do contrato concluído em inglês para um jurista não anglo-saxão: “*Le risque linguistique du contrat conclu en anglais par un juriste non anglophone est sérieux. D’abord, parce que certains personnes s’illusionnent parfois sur leur connaissance de cette langue. Le pire n’est pas dans l’ignorance mais dans l’illusion de savoir, d’autant plus que l’anglais connaît de nombreux faux-amis par rapport au français, qui sont autant de chausse-trappes et de nids à confusions et à procès.*”

9.3.2 O preâmbulo

A existência, na área dos contratos internacionais de engenharia, de modelos contratuais, contratos-tipo e guias de organizações internacionais profissionais ou voltadas ao desenvolvimento do Direito do Comércio Internacional facilita e muito o procedimento de elaboração do contrato. No entanto, as partes devem ainda realizar adaptações e desenvolvimentos de acordo com as circunstâncias que se apresentem na prática, bem como observar especificidades que o conteúdo do contrato venha a exigir¹⁷².

É comum que o contrato, logo após as identificações das partes, contenha um preâmbulo. Antes de tudo, importa diferenciar a noção de *preâmbulo* da noção de *cláusula*, pois aquele primeiro, esteja ou não incorporado a um contrato, em regra não possuirá caráter preceptivo. Sua função será sobretudo a de resumir as tratativas levadas a efeito, os fins e objetivos perseguidos pelas partes, assim como constitui documento de grande utilidade em termos de interpretação do contrato.

A extensão do texto do preâmbulo pode variar. No caso de contratos baseados em contratos-tipo ou em modelos contratuais, o preâmbulo pode ser bastante reduzido ou até mesmo inexistente, tanto pelo fato de que estes contratos objetivam uma padronização, quanto pelo fato de não serem objeto de negociações mais detalhadas. Os textos serão mais longos à medida em que cresce a complexidade das negociações ou quando os seus redatores buscam uma maior explicitação de motivos.

O Guia sobre transferência de *Know-how* na indústria de engenharia, elaborado pela Comissão Econômica para a Europa, afirma que o preâmbulo pode fornecer uma fonte complementar de interpretação das obrigações das partes em caso de litígio¹⁷³. Já o Guia da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), desenvolve algumas considerações a respeito da prática de elaboração do Preâmbulo e o seu

¹⁷² Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 92/93.

¹⁷³ “Before the description of the parties’ obligations, many contracts contain a preamble defining the intentions of the parties, the purpose and scope of the know-how, the means comprised in it and the nature of the contract. This information may provide a supplementary source of interpretation of the parties’ obligations in the event of a dispute. Reference is sometimes made to the grantor’s industrial property rights and applications in the country of the grantee (see paras. 62 to 66).” Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the international Transfer of Know-How in the Engineering Industry, U.N Economic Commission for Europe, 1970, n° 24, disponível em: <<http://www.jurisint.org/doc/html/con/en/2000/2000jiconen12.html>>.

respectivo interesse, além de destacar sua importância nos contratos de licença e de transferência de tecnologia¹⁷⁴.

Por conter certas declarações e exposições de motivos que levaram à conclusão do contrato, além de definir seu objeto e o contexto de sua formação, o Preâmbulo, caso haja autorização legal para tanto, pode ser de grande valia para fundamentar as decisões dos tribunais estaduais ou dos tribunais arbitrais em caso de litígio, podendo inclusive servir como prova de vícios de vontade, sancionados com nulidade perante os sistemas jurídicos consultados.

Além do preâmbulo, é comum que as partes nos contratos de engenharia entendam pela necessidade de elaboração de um documento que irá preceder o clausulado e que contenha definições de determinados termos ou conceitos que serão frequentemente utilizados no texto do contrato. A existência deste *léxico* ou *conjunto de definições* garante, de certa forma, que um determinado termo ou conceito será entendido de maneira única em qualquer momento em que for feita remissão a ele no texto do contrato, dispensando-se a necessidade de esclarecimento do significado pretendido aos mesmos a cada ocasião que se fazem presentes.

Mais uma vez, a grande quantidade de termos técnicos empregados nos contratos “chave na mão” acresce de importância e existência de tal documento. Devem as partes, neste sentido, além de dar especial atenção aos termos que possam ter significado ambíguo e de atentar à maneira como eles são utilizados com mais frequência no comércio internacional, examinar minuciosamente o contrato, procurando garantir que os termos e conceitos pré-definidos possuam o significado a eles atribuídos sempre que apareçam. No caso de contradições, imprecisões ou dúvidas quanto aos termos definidos, deve-se observar o contexto em que é empregado para fins de melhor defini-lo, sendo possível, inclusive, que lhes seja dado significado diverso quando isto resulte do contexto em que está inserido¹⁷⁵.

¹⁷⁴ WIPO *Licencing Guide for Developing Countries*, 1977, nº 124 a 127.

¹⁷⁵ UNCITRAL *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, 1987, p. 51.

10. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

10.1 Obrigações do Cliente

A obrigação principal que assume o cliente em um contrato “chave na mão” é, sem dúvida alguma, a de pagar o preço acordado contratualmente. No entanto, ela não é a única. Em geral, atribui-se ainda ao cliente os deveres de cooperação e de discricção.

Não obstante, além destes deveres usualmente atribuídos, o *Silver Book* da FIDIC e o *ICC Model Turnkey Contract for Major Projects* fazem ainda menção a outros que merecem destaque no âmbito destes contratos, como o dever de garantia de acesso e de posse sobre o local da obra; o dever de assistência na obtenção de permissões e licenças exigidas pela legislação do local da obra e necessárias para a construção e ainda o dever de prestar garantias de pagamento. Estes deveres específicos traduzem, de certa forma, ramificações daqueles deveres gerais e serão, por isso, analisados sob o prisma dos deveres de pagamento do preço ou de cooperação.

Naturalmente, os deveres do cliente em um contrato internacional “chave na mão” não se limitam unicamente aos que aqui referenciamos. Neste sentido, a análise que se segue recairá sobre aqueles aparentemente mais relevantes sob o ponto de vista tanto dos contratos internacionais em geral, quanto dos contratos “chave na mão” especificamente.

10.1.1 O dever de pagamento do preço

Como vimos, o dever de pagamento do preço constitui-se, naqueles contratos de caráter oneroso, como uma obrigação essencial. É portanto, por assim dizer, elemento fundamental do contrato de engenharia. O pagamento do preço constitui a causa (subjativa) do contrato para a parte contratada, neste caso a sociedade de engenharia¹⁷⁶.

Quanto ao dever de pagamento do preço, três elementos são merecedores de referência: os métodos de determinação de preço, a cláusula de variação de preço e a garantia de condições de suportar o preço fixado no contrato.

¹⁷⁶ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 99.

10.1.1.1 A determinação do preço e do pagamento

Ainda que no campo dos contratos internacionais de engenharia existam diversos métodos para fixação do preço, os mais utilizados na prática são os seguintes: o preço global (*lump sum price*); o preço de margem fixa (*cost plus fee*); e o preço unitário ou por unidade de medida (*unit price*).

Os contratos com preço global, como o próprio nome já sugere, são aqueles nos quais a obra se realiza em troca de um preço fixo e previamente determinado. Neste método de fixação de preço, a sociedade de engenharia assume um risco maior do que em relação à outras modalidades de determinação do preço. Isso porque neste valor global pré-determinado, estará incluída a estimativa dos custos totais do empreendimento, além de uma quantia para cobertura dos riscos suportados pela sociedade de engenharia de acordo com as condições contratuais e, por último, um valor referente ao lucro perseguido pela mesma. Se a sociedade de engenharia valorar de forma equivocada os custos envolvidos para a realização da instalação, em particular quanto aos riscos envolvidos, seus lucros podem ser afetados diretamente, inclusive chegando a suportar prejuízos¹⁷⁷. Sendo assim, este método exige um grande controle de custos e de precisão na estimativa do preço por parte da sociedade de engenharia.

Já do ponto de vista do cliente, a opção pelo preço global garante maior grau de certeza e segurança, o que faz deste método o meio mais interessante de fixação de preço sob o ponto de vista das instituições financeiras eventualmente envolvidas no financiamento do projeto. No entanto, no caso de contratos de longo termo, o método do preço global pode criar dificuldades, o que faz com que sua utilização seja mais voltada para contratos “chave na mão” de pequena ou média proporção. Diante destas dificuldades, é normal que os contratos que preveem tal método de fixação de preço contenham cláusulas de revisão de preço para que, eventualmente, possa haver uma correção do equilíbrio econômico do contrato.

Já nos contratos em que houver a previsão de preço com margem fixa (*cost plus fee*), a determinação do preço dependerá da conjunção entre custos fixos e variáveis. Neste método, o cliente paga à sociedade de engenharia os custos suportados por esta última ao longo dos trabalhos e adiciona a este valor uma quantia referente à remuneração pelos serviços prestados.

¹⁷⁷ Murray et. al., op. cit., p. 615.

Do ponto de vista do cliente, a opção pelo preço com margem fixa permite uma melhor visualização dos custos efetivos da obra e, conseqüentemente, da margem de lucro obtida pela sociedade de engenharia, a qual muitas vezes permanece oculta quando há fixação de preço global. Ainda na visão do cliente, a desvantagem deste método é o fato de não incentivar a sociedade de engenharia a manter um controle de custos, bem como de buscar reduzi-los quando possível. Assim, é comum que o cliente estabeleça um valor fixo referente aos custos da obra, podendo este valor ser acrescido ou diminuído à medida que o projeto é desenvolvido. Não obstante, este controle de custos exercido pelo cliente é especialmente difícil nos contratos internacionais “chave na mão”, principalmente pelo fato de que boa parte dos mesmos tem origem no país de estabelecimento da sociedade de engenharia¹⁷⁸.

Por último, no método do preço unitário ou por unidade de medida (*unit price*), as partes irão fixar um valor referente a cada unidade que compõem o todo da obra e o valor total a ser pago irá depender do número de unidades efetivamente utilizadas na construção. Para tanto, a sociedade de engenharia irá realizar uma estimativa aproximada das quantidades necessárias para cada unidade de obra em que se divide o projeto e posteriormente enviar para análise do cliente através de um documento denominado “*schedule or bill of quantities*”, dando-se início às negociações para a fixação do preço de cada unidade. Durante a fase de execução da obra, as quantidades utilizadas são submetidas a uma avaliação pericial (*quantity surveyors*), para que então seja calculado os custos efetivos conforme àquele valor previamente acordado. Obviamente, este método de fixação de preço só será viável em contratos “chave na mão” que permitam uma divisão por unidades, o que irá depender das características da instalação a ser construída¹⁷⁹.

O principal risco assumido pelo cliente nestes casos é o da estimativa errônea por parte da sociedade de engenharia com relação à valoração de cada unidade da obra, pelo que se torna importante a existência de algum método de avaliação que possa garantir que o preço de cada unidade realmente reflita os custos da sociedade de engenharia. Por outro lado, o cliente possui a garantia de que irá pagar somente pelas unidades efetivamente realizadas (*as built*).

¹⁷⁸ Hernandez Rodriguez, op. cit., p. 1780.

¹⁷⁹ Cf. Hernandez Rodriguez (1997) p. 1781/1782. Santos Júnior (2009), p. 117. Murray et. al., p. 615/616.

Dentre os três métodos referidos de fixação de preço, o que melhor se adapta às características dos contratos “chave na mão” é do preço global (*lump sum price*). Inclusive, o modelo de contrato da FIDIC, na sub-cláusula 14.1, estabelece que, a não ser que as partes acordem de outra maneira, o pagamento da sociedade de engenharia deve ser realizado com base em um preço global fixado no contrato, sujeito à ajustes de acordo com as previsões contratuais.

De qualquer maneira, isto não significa que não possa haver um fracionamento deste preço. Não obstante, para que isso seja possível, é necessário que conste anexo ao contrato “chave na mão” um documento que indique os preços referentes a cada etapa em que o projeto tenha sido dividido, sem que para isso seja necessário determinar as quantidades necessárias por unidade da obra, ao contrário do que ocorre perante o método de preço unitário. Tal fracionamento permite maior agilidade no pagamento de sujeitos distintos que possam estar vinculados à realização da obra, os quais, juntamente com a sociedade de engenharia (e ressalvada a responsabilidade global que recai sobre esta), intervêm de alguma maneira na execução do projeto, permitindo um melhor ajuste dos pagamentos, bem como contribuiu para eliminar dificuldades de determinação da moeda em que deverão ser realizados os pagamentos.

Ainda, é possível que nos contratos “chave na mão” o preço global seja combinado com preços unitários para determinados trabalhos, desde que esteja previsto em contrato a possibilidade de valoração isolada dos mesmos.

Quanto ao modo e ao tempo do pagamento, as partes serão, em regra, livres para estipular conforme seus próprios interesses. No entanto, é cada vez mais comum na prática dos negócios internacionais que o pagamento seja efetuado de modo escalonado ou fracionado (*interim payment*), baseando-se em uma valoração em conformidade com o desenvolvimento progressivo dos trabalhos. Esta é o modo de pagamento previsto tanto no modelo contratual da CCI (art. 41 e ss.) quanto no modelo de contrato da FIDIC (cláusula 14 e ss.) e usualmente se dá através da fixação de uma agenda ou calendário de pagamentos (*schedule of payments*), o qual irá especificar as parcelas em que o contrato deverá ser pago. Neste sentido, o tempo do pagamento pode ser condicionado à realização de um determinado evento previsto no contrato (a entrada em vigência do contrato, a entrega de uma parte das obras, etc.) ou segundo datas pré-definidas¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Por exemplo, o *Silver Book* da FIDIC estipula, em sua sub-cláusula 14.7 (a), que a primeira parcela do contrato deve ser paga em até 42 dias depois da entrega em vigência do contrato ou em até 21 dias após o

Por último, no que concerne ao pagamento, cabem algumas considerações a respeito da forma de pagamento nos contratos internacionais “chave na mão”.

A forma mais corrente de pagamento ocorre por meio de cheques ou transferências bancárias, na moeda estipulada pelas partes.

No entanto, como já frisado anteriormente, a elevada dimensão dos projetos envolvidos nos contratos “chave na mão” faz com que o cliente recorra a financiamentos para a captação de recursos. Nestes casos, o pagamento poderá ocorrer através de *créditos documentários*, os quais configuram, além de uma forma de pagamento, um meio de garantia para a sociedade de engenharia. O *crédito documentário* traduz-se, conforme definição de *MENEZES CORDEIRO*¹⁸¹, na “situação jurídica pela qual um banqueiro se compromete, perante um seu cliente, a pagar uma certa quantia a um terceiro mediante a entrega, por este, de determinados documentos.” O citado autor ainda destaca a importância desta forma de pagamento no âmbito do comércio internacional ao afirmar que o crédito documentário “permite o estabelecimento profíquo de relações internacionais entre pessoas que não se conhecem. Muita riqueza circula e multiplica-se graças à teia de relações bancárias as quais são, assim, usadas como suportes para o comércio internacional.”

É possível ainda fazer referência à outra forma de pagamento, conhecida como *compensação financeira (countertrade)*, a qual prevê que o pagamento integral ou parcial do preço fixado no contrato, ainda que esteja estipulado em moeda, será feito através da compensação de matérias-primas ou produtos estranhos ao contrato ou ainda com produtos fabricados no próprio complexo industrial objeto do contrato¹⁸². Este método, no entanto, é pouco utilizado nos contratos “chave na mão”, aparecendo com mais frequência, por suas características, nos contratos “produto na mão”.

10.1.1.2. A cláusula de revisão do preço

Por sua natureza e complexidade, os contratos internacionais “chave na mão”, assim como os contratos internacionais de engenharia em geral, normalmente são contratos de longa duração. Sendo assim, podem ocorrer ao longo do tempo alterações

recebimento, por parte do cliente, dos documentos especificados nas sub-cláusulas 4.2 e 14.2, a não ser que tenham acordado de maneira diferente.

¹⁸¹ Menezes Cordeiro, Antonio. *Créditos Documentários*. Artigo publicado no sítio de internet da Ordem dos Advogados de Portugal. Disponível em:

«http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=59032&ida=59051»

¹⁸² Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 120.

nos custos dos elementos necessários para a concepção da obra, como matérias-primas, equipamentos, mão-de-obra, entre outros. Como respostas a estas alterações decorrentes do tempo, é comum na prática a inclusão de cláusulas contratuais de variação de preço, com o objetivo de adaptar o preço conforme potenciais alterações de custos que se apresentem durante o curso do contrato, utilizando-se, para tanto, de fórmulas matemáticas de revisão ou ainda de índices de atualização¹⁸³.

A cláusula de revisão de preço geralmente é incluída no contrato para que a inflação incidente sobre os custos da obra não causem um desequilíbrio ou uma desvantagem para as partes. Não deve, portanto, ser confundida com as *variation clauses* ou com as cláusulas de *hardship*.

As *variations clauses* referem-se, como veremos adiante, à modificações de preço decorrentes de alterações solicitadas pelo próprio cliente ou aceitas por este, caso tenham sido propostas pela sociedade de engenharia. Ou seja, as alterações aqui compreendidas são aquelas que ocorrem por vontade das partes e não por fatores externos alheios a estas.

Já as cláusulas de *hardship*, ainda que possam ser chamadas a operar em caráter excepcional diante da inexistência de uma cláusula de variação de preço, possuem como objetivo prevenir riscos decorrentes de acontecimentos imprevistos, capazes de causar alterações significativas do equilíbrio contratual. Estas cláusulas preveem um dever de renegociação inexistente nas cláusulas de variação de preço, uma vez que, nestas últimas, não há uma alteração substancial das condições originais do contrato.

Acima de tudo, é relevante notar que a adoção do critério do preço global não significa necessariamente uma imutabilidade rígida do preço. A autonomia de vontade de que usufruem as partes no contrato permite-as acordar quanto a gradações ou combinações à medida que isso lhes confira maior segurança na relação contratual.

10.1.1.3. A garantia de pagamento

Os avultados recursos financeiros empenhados pela sociedade de engenharia para a realização da sua prestação em um contrato “chave na mão” induzem esta a

¹⁸³ As fórmulas matemáticas e a indexação normalmente se baseiam em índices de referência publicados por entidades que gozam de certo prestígio no cenário internacional, como organismos estaduais ou internacionais, bem como associações profissionais internacionalmente reconhecidas. Cf. Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 124.

buscar garantias ou evidências de que o pagamento irá ocorrer conforme acordado, sob pena de ver seu caixa afetado seriamente em caso de inadimplência.

É verdade que a intervenção de instituições financeiras e de entidades estaduais ou internacionais é capaz de conceder maior segurança à sociedade de engenharia. Da mesma forma, o pagamento escalonado de acordo com o desenvolvimento progressivo dos trabalhos pode evitar que a sociedade de engenharia assuma o risco do capital da execução integral da obra.

Não obstante, é possível que a sociedade de engenharia solicite para o cliente garantias efetivas de arranjos ou acordos financeiros (*financial arrangements*) que lhe tornem apto a pagar o preço do contrato. Não à toa, os modelos contratuais da FIDIC e da CCI trazem previsões específicas neste sentido. A sub-cláusula 2.4 do *Silver Book* da FIDIC prevê que o cliente deverá apresentar, em 28 dias após a solicitação da sociedade de engenharia, *evidências razoáveis* da realização e manutenção de arranjos financeiros capazes de garantir que estará apto a pagar o preço do contrato. Da mesma forma, o artigo 13.5 do *ICC Model Turnkey Contract for Major Projects* prevê que o cliente deverá apresentar, em 21 dias após a solicitação da sociedade de engenharia, *evidências razoavelmente satisfatórias* de realização e manutenção de arranjos financeiros que possibilitarão o pagamento do preço do contrato.

A existência destas cláusulas no contrato se traduz um forte instrumento a favor da sociedade de engenharia. No entanto, a literalidade das mesmas pode levar a problemas de interpretação, uma vez que não há definições claras quanto aos termos “evidências razoáveis” (*reasonable evidences*) e “evidências razoavelmente satisfatórias” (*evidence reasonably satisfactory*), respectivamente. Por um lado, os referidos termos não parecem exigir a apresentação, por parte do cliente, de evidências conclusivas de condições de pagamento. Ao mesmo tempo, certamente significam mais do que uma simples alegação de fato¹⁸⁴. Diante destas indefinições, é comum (e recomendável), que as partes especifiquem nas condições particulares do contrato quais os meios hábeis a satisfazer tal exigência de garantia de aptidão de pagamento¹⁸⁵.

Em geral, os meios de garantia mais frequentes em contratos internacionais de engenharia, sem excluir outros que eventualmente possam ser utilizados pelas partes,

¹⁸⁴ A Suprema Corte de Justiça de Trinidad e Tobago entendeu que a mera evidência de existência de fundos substanciais em poder do contratante não satisfaz, por si só, a exigência de demonstração de evidências razoáveis de condições de pagamento do preço. Claim Number CV2008-04881: *National Insurance Property Development Co Ltd v. NH International (Caribbean) Ltd*, disponível em «http://webopac.tlwcourts.org/LibraryJud/Judgments/HC/jones/2008/cv_08_04998DD21oct2009.pdf»

¹⁸⁵ Huse, op. cit., p. 115.

são os *créditos documentários*, as *garantias à primeira solicitação* e o *seguro de crédito*, os quais se traduzem em instrumentos capazes de superar a natural desconfiança entre operadores do comércio internacional.

Os *créditos documentários*, como já vimos, possuem papel de enorme relevância no cenário das transações comerciais internacionais, sobretudo por combinarem um modo de pagamento e de financiamento com uma garantia efetiva para a sociedade de engenharia.

Também as *garantias à primeira solicitação (on first demand)* referem-se a garantias bancárias internacionais, através de um sistema que obriga o Garante, neste caso o próprio banco, a pagar a quantia garantida à primeira solicitação, ou seja, assim que o pagamento lhe for exigido pelo Beneficiário, neste caso a sociedade de engenharia, sem que se dê margem a formulação de quaisquer objeções a esse pagamento, podendo no entanto invocar as exceções que resultem claramente do texto da garantia bancária emitida. Isso significa que o garante (o banco) fica constituído na obrigação de pagar imediatamente, a simples pedido da sociedade de engenharia, sem poder discutir os fundamentos e pressupostos que legitimam o pedido de pagamento, designadamente, sem poder discutir o incumprimento do devedor nem invocar em seu benefício qualquer meio de defesa relacionado com o contrato base, celebrado entre o ordenador e o beneficiário¹⁸⁶.

Já o sistema de *seguro de crédito* traduz-se na cobertura contratada por uma parte no contrato contra o risco de não pagamento pela contraparte ou ainda por riscos referentes à instabilidades políticas ou monetárias. Ainda que seja mais usual no mercado de exportações de produtos, é possível que a sociedade de engenharia recorra a este método de garantia em busca de maior segurança na relação negocial, ainda que este sistema preveja valores de franquias normalmente muito elevados.

10.1.2 O dever de cooperação

As partes, ao celebrar um contrato internacional, assumem a obrigação de colaborar mutuamente para que o contrato possa produzir plenos efeitos, sempre que

¹⁸⁶ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal fez uma importante ressalva quanto às garantias *on first demand*, ao afirmar que a “automaticidade da garantia *on first demand* não é, porém, absoluta, e a sua actuação ou execução automática, a possibilidade da sua exigência pelo beneficiário não pode ter-se como ilimitada: há, com efeito, no direito português, que estabelecer alguns limites à exigência da garantia, sempre que o imponham as regras da boa fé (art. 762º, nº 2, do C.Civil) ou o procedimento abusivo do beneficiário (art. 334º do mesmo diploma).” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/10/2004, Processo nº 04B2883, Relator Araújo de Barros.

essa cooperação possa ser razoavelmente esperada para ao longo da execução das obrigações estabelecidas¹⁸⁷. Este dever, intimamente ligado ao princípio da boa-fé, deve ser levado em conta a partir da ideia de que o contrato não é somente uma formalização de um encontro de interesses entre as partes. Mais do que isso, deve ser visto como um projeto comum em que ambas as partes devem cooperar.

O dever de cooperação que incumbe ao cliente irá se prolongar durante toda a relação contratual e pode implicar na disponibilização por parte deste de informações e elementos materiais essenciais ao desenvolvimento do projeto, bem como na obtenção de licenças, autorizações e demais ações que permitam à contraparte realizar sua prestação contratual de forma integral. Ou seja, em contratos “chave na mão”, o dever de cooperação representa, até certa medida, um dever de disponibilização e manutenção de condições necessárias para a regular execução da obra por parte da sociedade de engenharia.

10.1.2.1. O acesso e a posse do local da obra

O cliente deve garantir à sociedade de engenharia o livre acesso e a posse sobre o local da obra. Um contrato de engenharia necessariamente requer que seja garantida a posse, ocupação ou uso sobre o local da obra, tendo em vista, sobretudo, que é nesse local que grande parte das prestações do contrato serão concretizadas. As expressões “posse”, “uso” e “ocupação” devem aqui ser entendidas como o direito da sociedade de engenharia de ter acesso, ocupar ou usar o local da obra e ali executar seus trabalhos específicos.

Também nesse aspecto, os modelos contratuais da CCI e da FIDIC possuem disposições muito semelhantes. A sub-cláusula 2.1 do *Silver Book* da FIDIC prevê que o cliente deverá garantir à sociedade de engenharia o direito de acesso e a posse de todas as partes do local da obra, dentro do prazo estipulado na Condições Particulares do contrato. O art. 13.3 do modelo de contrato de CCI, por sua vez, prevê que a sociedade de engenharia será responsável, na medida do necessário para a finalidade dos trabalhos, por adquirir e providenciar a posse física e legal do local da obra, bem como de todas as áreas necessárias para a apropriada execução dos trabalhos.

¹⁸⁷ Art. 5.1.3 dos princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais: “Cada parte deve cooperar com a outra quando tal cooperação possa ser razoavelmente esperada pela outra parte para o cumprimento das respectivas obrigações”.

De qualquer maneira, o significado e a extensão da “posse” sobre o local da obra, assim como a distribuição e a alocação do risco por eventos que possam vir a interferir na mesma, irão depender daquilo que as partes dispuserem no contrato.

10.1.2.2. Assistência com permissões e licenças

O contrato deve prever claramente sob qual das partes irá ser alocada a responsabilidade de obtenção de licenças e autorizações necessárias para a concepção e a construção das obras. Nos contratos de engenharia tradicionais, é comum que este dever de obtenção de permissões e licenças relacionadas ao desenvolvimento do projeto seja atribuído ao contratante, neste caso, no cliente. No entanto, nos contratos em que a prestação da sociedade de engenharia envolve tanto os trabalhos de concepção quanto de construção, como ocorre nos contratos “chave na mão”, é possível que parte desta responsabilidade seja transferida à sociedade de engenharia¹⁸⁸.

Para evitar incertezas, é conveniente que o contrato contenha previsões específicas que indiquem expressamente as obrigações do cliente no que diz respeito à assistência na obtenção de permissões e licenças necessárias.

É comum ainda, que a obtenção de tais autorizações e licenças envolvam procedimentos com os quais a sociedade de engenharia não esteja familiarizada. Isso porque, nos contratos “chave na mão” que aqui temos em vista, a posição do cliente muitas vezes é ocupada por grandes empresas privadas estabelecidas no próprio país onde a instalação será construída. Nesses casos, o cliente estará em melhores condições de realizar os procedimentos necessários para a obtenção de licenças e autorizações, o que pode, inclusive, causar reflexos nos custos da obra e potencialmente diminuir o preço do contrato¹⁸⁹.

Nos termos da sub-cláusula 2.2 do *Silver Book* da FIDIC, o cliente deve prover, quando estiver em posição de fazê-lo, assistência à sociedade de engenharia mediante requisição desta, tendo em vista a obtenção de cópias de legislação relevante do país onde está sendo construída a instalação, bem como auxiliar a mesma durante o procedimento para obtenção de permissões e licenças obrigatórias perante a legislação local. Já no *ICC Model Turnkey Contract for Major Projects*, não há menção expressa do dever do cliente de obter licenças, permissões ou aprovações. Não obstante, tal dever

¹⁸⁸ Huse, op. cit., p. 115.

¹⁸⁹ Id.

pode ser abrangido pelo dever geral de cooperação contido no artigo 13.2 e que deve ser observado pelo cliente no sentido de permitir que a sociedade de engenharia desenvolva seus trabalhos conforme previstos no contrato.

Quando a responsabilidade pela obtenção de permissões e licenças exigidas por lei é alocada na figura do cliente, parece, a princípio, não haver sentido a previsão contratual do dever de prestar assistência à sociedade de engenharia na obtenção das mesmas. No entanto, raramente a sociedade de engenharia não será responsável pela obtenção de qualquer permissão ou autorização. Neste sentido, a cláusula que prevê a assistência do cliente, quando requisitada pela sociedade de engenharia, pode ser apropriada, independentemente do modo como tenha sido feito a repartição das obrigações. Essa realidade se impõe, em especial, quando as partes no contrato internacional de engenharia forem de países diferentes daquele do local da obra.

10.1.3 O dever de discrição

O dever de discrição implica, em sua principal manifestação, uma obrigação de confidencialidade¹⁹⁰. Neste sentido, tem por objetivo, acima de tudo, assegurar o sigilo sobre as informações confidenciais que vierem a ser transferidas entre as partes, ou das quais as partes venham a ter, de alguma forma, conhecimento.

Por “informações confidenciais” entenda-se toda e qualquer informação revelada ou qualquer material fornecido de uma parte para outra, ou de empresas das quais as mesmas participem, coligadas ou controladas, ou mesmo por terceiros que estejam prestando serviços relacionados ao contrato.

Isso significa que o cliente não deverá comercializar ou divulgar processos de *know-how* ou protegidos por patentes e licenças de propriedade industrial. Nesta mesma esteira, é proibida a reutilização posterior, por parte do cliente, de planos ou projetos elaborados pela sociedade de engenharia especificamente para aquele contrato em causa¹⁹¹. Incluem-se ainda na ideia de *informação sigilosa*: dados técnicos, desenhos, idéias de produtos, “business plan”, projetos, contratos em fechamento ou já celebrados, conceitos operacionais, mercadológicos, informações financeiras, projeções, conhecimentos técnicos e comerciais especializados, entre outros.

¹⁹⁰ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 98

¹⁹¹ Ibid, p. 99.

O dever de discrição ou de sigilo surge juntamente com o início das negociações, uma vez que é possível, desde logo, que haja troca de informações relevantes e confidenciais entre as partes, permanecendo ativo durante toda a fase de execução do contrato e subsistindo mesmo após o seu término.

10.2 Obrigações da Sociedade de Engenharia

Nos contratos tradicionais de engenharia, o papel do engenheiro ou da sociedade de engenharia resume-se, geralmente, na construção da obra. Nestes contratos, é comum que o dono da obra contrate diferentes empresas que irão executar trabalhos específicos, sob a coordenação de um engenheiro também contratado. Desse modo, diferentemente do que ocorre nos contratos “chave na mão”, a sociedade de engenharia contratada não assume a responsabilidade global pela concepção e pela coordenação do projeto¹⁹².

Como aludido oportunamente, os contratos “chave na mão” alocam grande parte ou mesmo toda a responsabilidade pela concepção do projeto na sociedade de engenharia. A concepção do projeto, entendida aqui como os trabalhos que envolvem o *design* da instalação, podem envolver procedimentos muito avançados, o que irá exigir da sociedade de engenharia o domínio da técnica e da tecnologia necessárias para tanto.

Da mesma forma, a responsabilidade pela coordenação das obras nos contratos “chave na mão” recai sobre a sociedade de engenharia. Sendo assim, a experiência e o conhecimento técnico desta última devem ser suficientes para torná-la capaz de coordenar o processo de concepção, construção e de controle dos recursos necessários para a obra¹⁹³.

Neste cenário, é possível afirmar que nos contratos “chave na mão” a sociedade de engenharia assume perante o cliente uma obrigação global de resultado: a obrigação de conceber, construir e colocar em funcionamento uma determinada instalação¹⁹⁴. A estas, soma-se ainda a obrigação de corrigir ou solucionar qualquer defeito na obra, o dever de informação ao cliente, de formação do pessoal do cliente, de assistência técnica e de fornecimento de tecnologia ou transmissão de saber-fazer.

Não obstante, a obrigação assumida pela sociedade de engenharia em um contrato “chave na mão” configura uma obrigação complexa, ou seja, integrada por

¹⁹² Huse, op. cit., 141.

¹⁹³ Id.

¹⁹⁴ Hernandez Rodrigues, p. 1783

diversas prestações, dentre as quais destacaremos aquelas consideradas mais relevantes, representadas pela tríade concepção, construção e aptidão para funcionamento.

10.2.1 A concepção do projeto (Design)

A obrigação da sociedade de engenharia de conceber o projeto é marcada normalmente por sucessivas etapas. A primeira delas diz respeito aos estudos preliminares e envolverá a consideração de aspectos técnicos, jurídicos, econômicos, climáticos, culturais, ecológicos, entre outros. Em seguida, elaborar-se-á um pré-projeto ou anteprojeto e finalmente um projeto final.

A concepção do projeto deve atender, antes de mais nada, a vontade do cliente. Basicamente, nos contratos “chave na mão”, o cliente irá estabelecer critérios e especificações relacionados ao resultado final pretendido (*employer requirements*)¹⁹⁵, devendo ainda prestar toda a informação e a assistência necessária para viabilizar o atendimento a tais critérios. Diante disto, caberá à sociedade de engenharia conceber o projeto de acordo com as especificações exigidas pelo cliente e dentro do prazo estipulado, em conformidade com as disposições relevantes do contrato e com a lei aplicável ao mesmo¹⁹⁶.

Nos contratos em que a concepção e a construção são de responsabilidade da sociedade de engenharia, o parâmetro (*standard*) a ser atendido na concepção do projeto costuma ser mais rigoroso do que nos contratos de engenharia tradicionais, nos quais o *design* é elaborado por um terceiro. Isso porque a concepção do projeto pela sociedade de engenharia em contratos como os “chave na mão” transcende o simples dever de *competência e cautela (skill and care)* para assumir a forma de uma obrigação de *aptidão ao fim a que se destina*, o chamado “*fitness of purpose*”¹⁹⁷.

A expressão anglo-saxônica “*fitness of purpose*” é empregada tanto no modelo contratual da FIDIC (4.1) quanto no da CCI (14.1) e é útil para definir os parâmetros (*standards*) a serem perseguidos pela sociedade de engenharia desde a concepção do projeto até a sua conclusão e colocação em funcionamento, bem como para definir a amplitude da responsabilidade assumida pela mesma.

¹⁹⁵ Conforme sub-cláusula 5.1 do *Silver Book* da FIDIC e artigo 32.2 do *ICC Model Turney Contract for Major Projects*.

¹⁹⁶ “The standard will be defined by the relevant provisions of the contract and the law applicable to the contract. Cf. Huse, p. 205.

¹⁹⁷ Huse, op. cit., p. 205.

A obrigação de *aptidão ao fim a que se destina* vincula a sociedade de engenharia diretamente ao produto final, distinguindo-se da tradicional obrigação de realizar a tarefa com a competência e a cautela que se espera de um profissional da área, na qual a responsabilização dependerá da verificação da culpa (como nos casos em que um terceiro, normalmente um arquiteto ou engenheiro, é contratado para elaborar o projeto). O cumprimento da obrigação de *aptidão ao fim a que se destina* será avaliada com base no fato das características e do desempenho do produto final atingirem propriamente o fim pretendido pelo cliente e estipulado em contrato. Isso significa que, ainda que seja atendida a grande maioria dos critérios técnicos e especificações requisitadas formalmente pelo cliente (*employer requirements*), se a instalação final não estiver apta a atingir os fins para o qual foi concebida, a sociedade de engenharia será, ao menos em princípio, responsabilizada independente de verificação de culpa¹⁹⁸.

Para além disso, o *design* do projeto deve necessariamente se adequar a lei do local da obra, em especial no que diz respeito a legislação vigente em matéria de normalização técnica, construção, edificação e proteção do meio-ambiente.

Por outro lado, o fato da responsabilidade sobre a concepção do projeto recair sobre a sociedade de engenharia justifica que lhe seja concedido o direito de introduzir modificações que entenda oportunas sempre que isso não signifique o não atendimento das exigências impostas pelo cliente e dos parâmetros técnicos e funcionais previstos contratualmente¹⁹⁹.

A elaboração de um pré-projeto pode ser muito útil neste sentido, uma vez que irá oferecer uma base mais concreta de análise para as partes, possibilitando possíveis correções de falhas e/ou de omissões antes que o projeto final seja concluído.

10.2.2 A execução da obra

A obrigação de execução da obra refere-se ao dever da sociedade de engenharia de construir materialmente a instalação pretendida dentro dos parâmetros previstos em contrato. Trata-se da prestação típica dos contratos tradicionais de engenharia.

A sub-cláusula 7.1 do *Silver Book* da FIDIC busca estabelecer um padrão a ser aplicado na fase de execução das obras. Para tanto, prevê que a sociedade de engenharia deve executar os trabalhos referentes à construção da obra na maneira especificada no

¹⁹⁸ BAKER, Ellis, Bem MELLORS, Scott CHALMERS e Anthony LAVERS, *Fidic Contracts: Law and Practice*. White & Case, London, 2009, p. 109.

¹⁹⁹ Hernandez Rodrigues, op. cit., p. 1784

contrato, de forma apropriada, cuidadosa e de acordo com as boas práticas, utilizando-se de instalações devidamente equipadas e materiais não perigosos²⁰⁰. O parâmetro baseado nas “boas práticas” deve ser aplicado sempre que não haja outro *standard* expressamente definido no contrato. De qualquer maneira, o real significado de “boas práticas” não resta de todo claro. Neste sentido, para evitar incertezas quanto a sua aplicação, as partes costumam redefinir o termo fazendo referência a padrões profissionais de atuação que proporcionem contornos mais definidos a este dever de atuação²⁰¹.

Nos contratos “chave na mão”, também a responsabilidade pela contratação de pessoal e de mão de obra, seja ela nacional ou estrangeira, é da sociedade de engenharia. Caberá a esta, portanto, realizar os procedimentos necessários para sua contratação, remuneração, alojamento, alimentação, saúde e transporte²⁰². Os salários e condições de trabalho oferecidas pela sociedade de engenharia não poderão ser menos favoráveis do que as estabelecidas no país do local da obra para atividades comerciais e industriais semelhantes, bem como deve ser respeitada a legislação trabalhista deste país²⁰³.

A sociedade de engenharia ainda possui o dever adicional de providenciar certas condições e garantias de suporte para o pessoal contratado pelo cliente. Incluem-se aí questões relativas a acomodação, alimentação, saúde, entre outros.

Uma questão que fatalmente surge neste contexto diz respeito à igualdade de condições oferecidas para os trabalhadores locais e estrangeiros. Semelhantes questionamentos surgem quando a execução da obra ocorre em país mais desenvolvido economicamente do que aquele do qual provêm um ou mais trabalhadores. Neste sentido, o contrato deve ser cuidadosamente elaborado, levando-se em consideração as exigências específicas das relações trabalhistas no país onde os trabalhos são executados, evitando-se assim o chamado *dumping social*²⁰⁴.

²⁰⁰ “7.1 Manner of Execution

The Contractor shall carry out the manufacture of Plant, the production and manufacture of Materials, and all other execution of the Works:

- (a) In the manner (if any) specified in the Contract,
- (b) In a proper workmanlike and careful manner, in accordance with recognized good practice, and
- (c) With properly equipped facilities and non-hazardous Materials, except as otherwise specified in the Contract.”

²⁰¹ Huse, op. cit., p. 253.

²⁰² Cf. Sub-cláusula 6.1 do *Silver Book* da FIDIC e artigo 17.1 do *ICC Model Turney Contract for Major Projects*.

²⁰³ Cf. Sub-cláusula 6.2 do *Silver Book* da FIDIC e artigo 17.2 do *ICC Model Turney Contract for Major Projects*.

²⁰⁴ Huse, op. cit., p. 234.

Da mesma forma, é de responsabilidade da sociedade de engenharia o fornecimento e o transporte de materiais e equipamentos necessários para a realização da obra. É comum que estes materiais e equipamentos sejam provenientes de país distinto daquele onde a obra é realizada, podendo ser o país da sociedade de engenharia ou outro qualquer. Isso faz com que a sociedade de engenharia seja obrigada a permitir a inspeção e análise de conformidade por parte do cliente ou de seu representante no que diz respeito a estes materiais²⁰⁵.

O contrato “chave na mão” geralmente não contém descrições específicas a respeito dos materiais a serem utilizados na obra. Ao mesmo tempo, o cliente nestes contratos não está, muitas vezes, diretamente envolvido com o desenvolvimento diário das obras. Desta maneira, a fim de controlar a qualidade dos equipamentos e dos materiais utilizados nas obras e verificar o progresso dos trabalhos, o cliente geralmente exige e especifica testes, inspeções e resguarda para si direitos de aprovação relativos a fornecedores e subcontratados que estão fornecendo materiais e serviços essenciais. Sem a previsão contratual das salvaguardas adequadas, o uso do método de contratação “chave na mão” poderia resultar em uma redução na qualidade. Ao exigir testes e inspeções, o cliente tem mais condições de garantir um determinado nível de qualidade no produto final²⁰⁶.

Especificamente quanto ao transporte de tais equipamentos e materiais, é comum, na prática, que o mesmo seja regido conforme os INCOTERMS da CCI, sendo a fórmula FOB a mais utilizada para tanto²⁰⁷.

10.2.3 A aptidão de funcionamento

Como frisado anteriormente, a responsabilidade contratual da sociedade de engenharia nos contratos “chave na mão” não se limita à concepção e a realização de uma instalação ou de um complexo industrial, mas inclui ainda assegurar a sua aptidão funcional, colocando o projeto em efetivo funcionamento de acordo com as especificações contratuais acordadas. Neste sentido, após a conclusão dos trabalhos de construção da obra, a aferição de *aptidão de funcionamento* será verificada através de uma série de testes.

²⁰⁵ Hernandez Rodriguez, op. cit., p. 1785.

²⁰⁶ Huse, op. cit., p. 251.

²⁰⁷ Id.

Estes testes, conhecidos pela expressão inglesa “*tests on completion*”, são realizados pela sociedade de engenharia depois que a mesma considera que a fase de construção da obra esteja substancialmente concluída. Os testes darão ao cliente um conjunto objetivo de elementos para medir o grau de atendimento aos parâmetros estabelecidos no contrato. O regime de testes para um contrato de construção inclui, normalmente, um requisito relativo à documentação destinada a auxiliar o empregador na operação da instalação, tais como manuais de operação e planos de funcionamento.

A realização destes testes, como veremos, terá especial significado no que concerne à recepção ou aceitação da obra por parte do cliente.

11. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

As finalidades perseguidas através da celebração de um contrato internacional “chave na mão” fatalmente implicarão na cessão ou licença de direitos de propriedade industrial e na transferência de tecnologia. Logo, seja através da inserção de uma ou mais cláusulas ou mesmo através de um acordo separado, em regra, haverá nestes contratos uma regulação relativa a estes aspectos.

O fornecimento de tecnologia normalmente estará integrado ao contrato como parte da obrigação global assumida pela sociedade de engenharia, a qual, geralmente, irá se comprometer a ceder ou garantir a licença de uso de todos os direitos de propriedade industrial necessários para a realização do projeto e o seu regular funcionamento. A isso se soma a transferência de tecnologia que permite a transmissão de conhecimentos técnicos, concretizando-se através de planos e instruções técnicas transmitidas ao cliente e ao seu pessoal, bem como de instruções de uso e manutenção do complexo industrial.

O conteúdo fundamental dos diversos direitos de propriedade industrial remete a um direito de exclusividade sobre um bem incorpóreo vinculado a uma atividade empresarial.

A tutela dos direitos de propriedade industrial possui caráter fundamentalmente oficial, uma vez que a sua outorga está subordinada ao cumprimento de certos requisitos legais e formalidades administrativas realizadas por organismos públicos. Em todo caso,

em que pese a intervenção pública em sua constituição, os direitos de propriedade industrial são direitos subjetivos revestidos de natureza jurídico-privada²⁰⁸.

A atribuição pelo poder público de um direito de propriedade industrial determina normalmente que o bem sobre o qual ele recai só possa ser utilizado no mercado por seu titular ou por terceiros com o seu consentimento. Assim, estes direitos são suscetíveis de transmissão contratual, seja na sua forma plena, através da *cessão*, seja na sua forma limitada, através da *licença de uso*.

Os direitos privativos reconhecidos pelo Direito de propriedade industrial sobre os processos técnicos de produção e desenvolvimento de riqueza, tomando como base as legislações brasileira e portuguesa²⁰⁹, podem ser, entre outros, as patentes, marcas, desenhos e modelos. Neste rol, devem ainda ser incluídos os programas de computador.

Deste modo, requer-se, em primeiro lugar, que a sociedade de engenharia que, para a realização do objeto de um contrato “chave na mão”, recorra a tais elementos de propriedade industrial, o faça de forma legal, seja porque é titular destes direitos, seja porque é detentora de licença de uso sobre os mesmos. Em um segundo momento, após a conclusão da instalação com aptidão para o funcionamento conforme previsto em contrato, caberá à sociedade de engenharia garantir ao cliente que este poderá usar os elementos de propriedade industrial ali implicados e que são essenciais ao seu regular funcionamento, sem que sejam violados direitos de terceiros, o que ocorrerá, conforme apontado anteriormente, através da *cessão* de direitos ou de *licença de uso* dos mesmos²¹⁰.

Para além disso, o objeto de um contrato internacional “chave na mão” poderá importar também na transferência de tecnologia²¹¹.

No âmbito do comércio internacional assumem grande relevo as transferências internacionais de tecnologia, processo através do qual recursos tecnológicos gerados e/ou utilizados num determinado país são aplicados em país diferente²¹².

²⁰⁸ Rozas et. al., op. cit., p. 80.

²⁰⁹ No caso de Portugal, cf. o Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2003, de 5 de Março e alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 318/2007, de 26 de Setembro, nº 360/2007, de 2 de Novembro, 143/2008, de 25 de julho e pela Lei nº 16/2008, de 1 de Abril. No caso do Brasil, cf. Lei nº 9.279, de 14 de Maio de 1996.

²¹⁰ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 129.

²¹¹ Segundo Venosa, o termo transferência é “utilizado nos contratos em sentido impróprio, figurativo, pois não se transporta a tecnologia de um local para outro, nem de uma pessoa a outra, mas uma parte concede a outra a possibilidade de utilização empresarial de uma patente ou proporciona conhecimentos técnicos e experiência sobre procedimentos ou fórmulas de produção de bens e serviços. Venosa, op.cit., 2009 (b), p. 533.

Nos contratos internacionais que aqui temos em vista, o componente-chave de qualquer processo de transferência de tecnologia é a efetiva transferência de habilidades e *know-how* intangível que assegurem a capacidade produtiva.

Neste sentido, as cláusulas inseridas no contrato ou mesmo o contrato apartado poderão conter elementos de diferentes tipos de contratos de transferência de tecnologia, como os de transmissão de saber-fazer (*know-how*)²¹³, de licenças de fabricação (*package licensing*) e de licença (*licensing*).

Os contratos que tem por objeto a transmissão de saber-fazer são essencialmente formados por conhecimentos técnicos não protegidos por patentes ou por quaisquer outros direitos de propriedade industrial, de acesso essencialmente restrito, passível de ser transmitido, e que, quando aplicado ao processo produtivo industrial, concede uma vantagem para seu titular²¹⁴.

Não se vê, perante os contratos tradicionais de engenharia, nos quais a obrigação da parte contratada se limita normalmente à construção da obra, grande aplicabilidade aos acordos de transferência de saber-fazer. No entanto, estando em causa um contrato “chave na mão”, que envolve uma obrigação global da sociedade de engenharia, é muito frequente a transmissão de *know-how* de produção, sobretudo através da disponibilização de documentação técnica relativa à utilização e funcionamento da instalação, bem como da formação técnica do pessoal do cliente²¹⁵.

Quando a “tecnologia” não é patenteada, a principal decorrência da divulgação indevida do segredo é a ação indenizatória, sem prejuízo de tipificação criminal nos termos da lei. Assim, por não ser objeto de uma tutela jurídica específica, como ocorre com a propriedade intelectual, a proteção desta transmissão de *saber-fazer* dependerá da inserção de uma cláusula de confidencialidade e do próprio recurso às regras de

²¹² Pinheiro, Luis de Lima, op. cit., 2005 (a), p. 45 *apud* Vítor Simões – “Tecnologia (transferência de)”, in *Enc. Pólis*, vol. V, 1987.

²¹³ Quanto à diferenciação entre os conceitos de “contratos de prestação de serviços técnicos”, “contratos de assistência técnica” e “contratos de *know-how*”, ver a interessante decisão do Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, no Recurso Jurisdicional n.º 2.628/08, Relator Eugénio Siqueira, datada de 18/03/2009, disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/7c2c92dcd7b386e64802575830036a43b?OpenDocument>>

²¹⁴ Paulin, Luiz Alfredo R. da S. *Contribuição ao estudo dos contratos internacionais de know-how* - Tese de doutorado, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1994, p. 27.

²¹⁵ Bortolotti, Fábio. *Manuale di diritto commerciale Internazionale*, vol. 1: Diritto dei contratti internazionali, 2ª Ed., CEDAM, Padova., 2001, p. 620 – 621. O autor ainda acrescenta que conforme o caso, o valor referente a transmissão do *know-how* poderá ser incluído no preço do contrato ou ser pago separadamente (Cf. Nota 149).

responsabilidade civil aplicáveis ao caso, seja ela contratual ou delitual²¹⁶. Neste caso, pode-se dizer que o cessionário contrai uma obrigação negativa de não-fazer, qual seja, de não revelar o conteúdo daqueles conhecimentos transmitidos a terceiros.

O objeto dos contratos de licença também poderá ser abrangido por um contrato “chave na mão”. Na prática mercantil, a expressão “contratos de licença” geralmente é utilizada como abreviação dos *contratos de licença para uso de patentes de invenção, de modelos e similares*. Fundamentalmente, através destes contratos, o titular de um direito de propriedade intelectual (direitos de autor, marcas de produtos ou patentes de invenção), chamado de *licenciador* ou *licenciante*, cede a outrem, o *licenciado*, mediante o pagamento de uma remuneração, a utilização ou exploração temporária deste direito para fins empresariais, sem transferir a sua titularidade.

A complexidade de um contrato “chave na mão” pode envolver a aplicação de diversos elementos protegidos por direitos de propriedade intelectual, inclusive programas de computador.

Merecem menção ainda, pela sua especial aplicação em contratos que envolvam uma obrigação global por parte da sociedade de engenharia, as chamadas “licenças de fabricação”, através das quais o *licenciador* se obriga a colocar a disposição do *licenciado* tudo aquilo que for necessário para a realização de uma determinada atividade produtiva, o que poderá abranger, além de licenças de patentes, marcas e da transmissão do *know-how*, a prestação de serviços que envolvam a elaboração do projeto de um complexo industrial, a sua montagem, supervisão e ainda a assistência técnica e o fornecimento de equipamentos²¹⁷.

Os contratos de transferência de tecnologia, perante os sistemas português e brasileiro, bem como perante a maioria dos principais sistemas jurídicos, são legalmente atípicos, embora sejam objeto de normas esparsas, sobretudo em matéria de licenças.

No Brasil, por exemplo, o art. 211 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) determina que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial “fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros”. Ou seja, qualquer contrato que implique a transferência de tecnologia deve necessariamente ser averbado perante o INPI para que possa ter eficácia perante terceiros.

²¹⁶ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 131.

²¹⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 46.

Por último, cabe ressaltar que a larga duração dos contratos “chave na mão”, somada ao fato de que nestes contratos é a sociedade de engenharia que se encarrega da concepção do projeto uma vez celebrado o contrato, faz com que em determinadas situações esta última se obrigue a informar ao cliente a respeito de possíveis modificações da tecnologia fornecida que possam resultar em melhoras de produtividade, cabendo ao cliente decidir se irá incorporá-las ou não. Por outro lado, é possível também, dependendo do conteúdo do contrato, que estas melhoras na tecnologia devam ser incorporadas automaticamente pela sociedade de engenharia, a não ser, é claro, que haja discordância por parte do cliente²¹⁸.

12. AS CLÁUSULAS DE GARANTIA

De forma geral, é possível afirmar que não existe contrato que possa prescindir de alguma forma de garantia. Dadas as circunstâncias em que se inserem as transações comerciais internacionais, tal realidade se impõem ainda com mais força. Neste sentido, as cláusulas de garantia constituem o cerne dos contratos internacionais do comércio. Ao mesmo tempo, a amplitude da sua eficácia determina a boa execução e cumprimento das obrigações contratuais, possibilitando o estabelecimento de uma relação de confiança entre as partes²¹⁹.

Na prática das relações comerciais internacionais, as garantias estão subordinadas diretamente à especialização das relações comerciais às quais se vinculam, sendo o próprio caráter setorial das transações comerciais que irá impor determinada tipologia de garantias²²⁰.

A par das garantias geralmente buscadas pela sociedade de engenharia no que concerne ao pagamento do preço do contrato, o cliente também busca maior segurança contra o possível cumprimento defeituoso ou até mesmo o incumprimento do contrato por parte da sociedade de engenharia.

As características inerentes aos contratos “chave na mão”, em especial sua execução duradoura e os grandiosos interesses econômicos que colocam em jogo, sugere que sejam buscados sistemas de garantia que possam assegurar ou ao menos diminuir os riscos resultantes de um potencial incumprimento contratual. Estes sistemas

²¹⁸ Cf. Hernandez Rodrigues, op. cit., p. 1784.

²¹⁹ Strenger, op. cit., 4ª ed., p. 221.

²²⁰ Id.

de garantia podem, por um lado, precisar o conteúdo da obrigação global de resultado que deve ser alcançada pela sociedade de engenharia e, por outro, proporcionar uma certa segurança financeira em caso de incumprimento das prestações incumbidas à sociedade de engenharia.

Nas relações comerciais internacionais, há atualmente uma grande difusão de práticas de garantização de cumprimento contratual, sobretudo em virtude da ploriferação de operações comerciais cada vez mais complexas, nas quais grandes quantias são investidas, como é o caso dos contratos aqui estudados. No âmbito dos contratos internacionais de engenharia, tais garantias irão assumir a forma de garantias bancárias na quase totalidade dos casos.

Neste cenário, merecem destaque dois tipos de garantia: a garantia de cumprimento ou de boa execução do contrato e a garantia de reembolso do pagamento adiantado.

12.1. A Garantia de Cumprimento ou de Boa Execução do Contrato

É usual nos contratos internacionais de engenharia que a sociedade de engenharia proporcione ao cliente uma garantia de cumprimento ou de boa execução do contrato (*performance guarantee*). Através desta garantia, uma entidade bancária (garante)²²¹ assume a obrigação de pagar um determinado valor ao cliente (beneficiário), caso a sociedade de engenharia (devedor principal) não venha a cumprir ou cumpre de forma defeituosa suas obrigações contratuais. Esta garantia, ao mesmo tempo em que serve como um meio de “pressão” sobre a sociedade de engenharia para que esta não abandone a obra antes de cumprir com suas obrigações contratuais, serve também como uma maneira de assegurar ao cliente os recursos financeiros necessários para concluir o contrato e garantir a execução definitiva e material do projeto, caso sobrevenham dificuldades durante a recepção definitiva da instalação²²².

Na maioria dos contratos internacionais, a parte contratante irá exigir que esta garantia revista a forma de uma garantia bancária autônoma à primeira solicitação, através da qual, como já vimos anteriormente, o garante, mediante solicitação do beneficiário, deve disponibilizar o valor referente à garantia sem que possa opor qualquer tipo de exceção.

²²¹ Ainda que seja menos frequente, é possível que o garante seja uma companhia de seguros ou mesmo um terceiro.

²²² Hernandez Rodrigues, op. cit., p. 1786.

Um dos problemas que surgem na utilização deste sistema de garantia decorre da sua utilização abusiva pela parte beneficiada. Na prática dos contratos internacionais de construção, não são raros os casos em que os beneficiários da garantia à primeira demanda, amparados em seu caráter autônomo, a utilizam como um meio de pressão para exigir do garante e do devedor principal uma extensão do prazo de validade da garantia, sob pena de solicitar a disponibilização da quantia garantida mesmo na ausência de incumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do devedor²²³. Justifica-se assim, a utilização da *garantia à primeira solicitação justificada*, por meio da qual a solicitação de pagamento da garantia só é atendida mediante a apresentação de determinados documentos, previstos contratualmente, que comprovem o incumprimento ou o cumprimento defeituoso do contrato por parte. Estes documentos podem ser tanto uma decisão judicial ou arbitral, quanto documentos que instruem de maneira satisfatória o pedido de acionamento da garantia, os quais serão objeto de uma apreciação breve e razoável por parte do garante²²⁴.

Ainda que não se trate desta modalidade “justificada”, o caráter absoluto da garantia à primeira solicitação pode sofrer uma limitação fundamentada em dois pressupostos: quando o contrato que serve de base para a garantia seja contrário a lei, a ordem pública e aos bons costumes e quando a solicitação do beneficiário for manifestamente abusiva²²⁵.

A garantia de boa execução pode também assumir a forma de *performance bond*. O referido termo anglo-saxão é utilizado nos casos em que o garante é uma companhia de seguros (*bonding company*), a qual se compromete frente ao cliente pelo cumprimento do contrato caso a sociedade de engenharia não tenha condições de fazê-lo. Este método de garantia aparece também com grande frequência nos contratos internacionais de engenharia e, diferentemente das garantias bancárias, não tem por objeto o pagamento de uma quantia monetária, mas sim a execução *in natura* da obrigação assegurada, sendo, para tanto, necessária a comprovação do incumprimento ou do cumprimento defeituoso por parte da sociedade de engenharia²²⁶.

²²³ Ibid., p. 1788.

²²⁴ Murray et. al., op. cit., p. 621 e Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 127.

²²⁵ Hernandez Rodrigues, p. 1788 *apud* Camacho de los Rios, *Interpretación de las cláusulas a “primeira demanda” en los contratos mercantiles*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1994, p. 411/412 e Sánchez-Calero Guilarte, *El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primeira demanda*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1993, p. 55/557.

²²⁶ Hernandez Rodrigues, p. 1789.

Sendo solicitada a garantia pelo cliente, a companhia de seguros tem a possibilidade de recorrer a uma nova sociedade de engenharia para executar o contrato ou solicitar ao cliente que seja feita um novo procedimento de seleção para escolha da sociedade de engenharia para executar os trabalhos faltantes, ficando a cargo da seguradora os custos adicionais que vierem a ser suportados pelo beneficiário. Por outro lado, pode também a companhia de seguros avançar uma cessão de contrato com beneficiário, através do procedimento denominado “taking-over certificate”, ocupando a posição deste último e celebrando contrato com uma nova sociedade de engenharia²²⁷.

Apesar de ser vista com bons olhos pelo cliente, uma vez que garante a execução do contrato *in natura*, este tipo de garantia possui custos demasiadamente elevados para a sociedade de engenharia. Diante disto, dificilmente será concebível a sua previsão em um contrato “chave na mão”, no qual a sociedade de engenharia já suporta uma carga considerável de riscos.

12.2. A Garantia de Reembolso

Outra garantia de que dispõe o cliente em um contrato “chave na mão” é de *reembolso de pagamento adiantado*. Nos contratos internacionais de construção, é prática frequente o adiantamento, por parte do cliente, de uma parcela do preço total do contrato para que a sociedade de engenharia possa dar início a concepção da obra, adquirir materiais e efetuar os primeiros pagamentos aos sub-contratados.

Este adiantamento faz surgir a necessidade de constituição de uma garantia a favor do cliente, que assumirá geralmente a forma de uma garantia bancária denominada *garantia de reembolso* (repayment guarantee), através da qual assegurar-se-á ao cliente o reaver o valor adiantado caso a sociedade de engenharia não venha, por qualquer motivo, a executar suas prestações contratuais ou ainda em caso de insolvência da mesma²²⁸.

A sub-cláusula 14.2 do *Silver Book* da FIDIC, ao prever a obrigação do cliente de adiantamento parcial do pagamento, condiciona a sua efetivação à disponibilização de uma garantia por parte da sociedade de engenharia. Prevê ainda, que o pagamento antecipado será reembolsado através de deduções proporcionais nas parcelas do

²²⁷ Id.

²²⁸ Ibid, p. 1790.

pagamento escalonado, as quais serão calculadas conforme as proporções estabelecidas nas condições particulares do contrato.

13. SUB-CONTRATAÇÃO

Muito embora os contratos “chave na mão” se caracterizem pelo concentração de prestações de natureza diversa na figura da parte contratada, isso não significa que esta última estará em condições de realizar todas elas por si só. Em outras palavras, raramente a sociedade de engenharia terá a capacidade de realizar, autonomamente, todos os aspectos materiais do projeto, o que implicará na necessidade de celebração de sub-contratos.

A sub-cláusula 1.1.2.8 do *Silver Book* da FIDIC define o sub-contratado da seguinte forma:

*"Subcontractor" means any person named in the Contract as a subcontractor, or any person appointed as a subcontractor, for a part of the Works; and the legal successors in title to each of these persons*²²⁹.

Conforme se extrai do próprio conceito apresentado, tem-se que nos contratos “chave na mão” a sociedade de engenharia poderá subcontratar apenas parte dos trabalhos, uma vez que a subcontratação da sua totalidade não se harmonizaria com a natureza e as características destes contratos.

A elevada autonomia de que se beneficia a sociedade de engenharia nestes contratos, aliada às reduzidas restrições que possui na condução dos trabalhos, fazem dela, em regra, a responsável pela escolha dos subcontratados e pela coordenação das suas atividades²³⁰.

Não obstante, impera também neste aspecto a autonomia de vontade das partes, podendo as mesmas estabelecer no contrato que qualquer decisão da sociedade de engenharia referente a subcontratação deva passar pelo aval do cliente. Isso ocorre no caso em que o cliente pretende manter certo controle a respeito da seleção dos subcontratados, tendo por objetivo assegurar a qualidade dos materiais utilizados na

²²⁹ A definição trazida pelo modelo contratual da CCI, no artigo 1.1, é muito semelhante: “Sub-contractor” means any person named in the Contract as a subcontractor, or any person appointed as a subcontractor, for a part of the Works, and the legal successors in title and/or interest to this or these person(s).

²³⁰ Cf. Sub-cláusula 4.4 do *Silver Book* da FIDIC e artigo 17.9 do *ICC Model Turney Contract for Major Projects*.

obra, assim como dos próprios trabalhos levados a cabo por estes, especialmente quando estão envolvidos aspectos ou elementos fundamentais do projeto²³¹.

Nesse aspecto, o modelo contratual da FIDIC faz uma clara diferenciação entre a subcontratação realizada pela sociedade de engenharia e a realizada pelo cliente. A regra geral da sub-cláusula 4.4 consagra a idéia de que, em um contrato “chave na mão”, a sociedade de engenharia é geralmente a responsável pela subcontratação, bem como pela coordenação das suas atividades no local da obra. Por outro lado, a sub-cláusula 4.5 faz menção à figura do “subcontratado nomeado” (*nominated subcontractor*). Nos termos desta cláusula, o cliente poderá, de acordo com as possibilidades que lhe confere a “cláusula de modificação” inserida no contrato (*variation clause*)²³², instruir a sociedade de engenharia a realizar a sub-contratação de uma certa empresa para a execução de uma determinada tarefa, ressalvando-se a possibilidade da sociedade de engenharia não aceitar tal designação caso possua uma objeção razoável com relação a empresa indicada.

O *subcontratado nomeado* é normalmente escolhido pelo cliente antes mesmo da assinatura do contrato “chave na mão”. Caso já exista em contrato anterior celebrado entre o cliente e o *subcontratado nomeado*, tal contrato deverá ser renovado com a presença da sociedade de engenharia. Por outro lado, há também a possibilidade de não haver qualquer contrato prévio entre o *sub-contratado nomeado* e o cliente, havendo uma simples indicação deste último à sociedade de engenharia. Em ambos os casos, a sociedade de engenharia será responsável pelos trabalhos realizados pelo sub-contratado indicado pelo cliente²³³.

Situação diferente é aquela que ocorre quando o cliente realiza uma subcontratação independente, tendo em vista a realização de determinados aspectos da obra. Nestes casos a responsabilidade será unicamente do cliente, não se transferindo para a sociedade de engenharia.

Não obstante, a indicação de um *subcontratado nomeado* parece se adaptar melhor a um projeto “chave na mão” do que a subcontratação independente, levando em conta que, um contrato “chave na mão”, ao menos em teoria, tem por objetivo proporcionar ao cliente uma instalação *pronta para uso*. Consequentemente, a execução

²³¹ Huse, op. cit., 161.

²³² Quanto às *cláusula de modificação*, ver o tópico 16., infra.

²³³ Huse, op. cit., p. 64.

de partes do projeto através de subcontratados independentes da sociedade de engenharia podem frustrar as finalidades perseguidas por esta modalidade contratual.

É comum também que o cliente busque esclarecer no contrato a relação que possui frente aos subcontratados, excluindo, na medida do legalmente permitido, qualquer relação contratual ou profissional com os subcontratados da sociedade de engenharia, tendo em vista que, perante alguns sistemas nacionais, estes podem acionar diretamente o cliente na falta de pagamento.

Para além disso, ainda que cumpra às partes estabelecer o conteúdo destas cláusulas, é importante que se garanta a harmonização e transparência dos subcontratos em relação ao contrato principal. Mesmo que os subcontratos sejam autônomos entre si e com relação ao contrato principal, há relevância que aqueles se configurem de tal forma que sejam o exato reflexo deste último²³⁴. Desta forma, considerar-se-á o subcontrato como transparente ou, na sua expressão americana, *back-to-back*.

A técnica *back-to-back* ou de transparência se traduz fundamentalmente, com relação a determinados aspectos contratuais, na inserção de cláusulas no subcontrato que irão ser o reflexo de certas cláusulas do contrato principal com o qual o subcontrato se relacione ou do qual dependa. Por exemplo, na hipótese de num subcontrato do contrato “chave na mão” se estipular uma cláusula compromissória em transparência (*back-to-back*) com uma cláusula compromissória inserida neste último, o tribunal arbitral poderá decidir não só a eventual ação do cliente sobre a sociedade de engenharia como também poderá decidir a respeito do direito de regresso desta sobre o subcontratante, resultando assim em uma arbitragem multipartida e evitando a proliferação de decisões antagônicas.

Também quanto às cláusulas limitativas de responsabilidade, razões de razoabilidade e de boa-fé justificam a mesma transparência nos subcontratos, uma vez que não parece fazer sentido a hipótese da sociedade de engenharia, em virtude de uma cláusula de tal natureza, não ser responsável perante o cliente, mas ainda assim poder valer-se de uma ação de ressarcimento frente ao subcontratante²³⁵.

²³⁴ “Juridiquement, les contrats des sous-traitants restent autonomes entre eux et avec le contrat principal liant le maître d’oeuvre ou ensemblier au maître de l’ouvrage. Néanmoins, l’ensemblier veillera à harmoniser, en tant que de raison, les sous-contrats, y compris ceux qui entrent en rang subséquent dans une chaîne de sous-contrats, avec le contrat principal: Ceux-là doivent être l’exact reflet de celui-ci.” Le Tourneau, op. cit., p. 114.

²³⁵ Santos Júnior, op. cit, 2009, p. 134.

De forma geral, a inserção das cláusulas *back-to-back* ou de transparência irão garantir a harmonização entre os contratos envolvidos, proporcionando maior clareza e eficiência na relação entre o contrato principal e os subcontratos que a este se reportam.

14. CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR

No curso da execução dos contratos internacionais podem surgir obstáculos que fogem do controle das partes. Nos contratos que aqui temos em vista são inúmeras as situações que podemos imaginar, como por exemplo um terremoto que destrói toda a parte de fundação da obra, um conflito armado que impede a continuidade das obras ou ainda uma greve geral que paralisa os trabalhos por tempo indeterminado.

Diante de acontecimentos desta natureza, fatalmente surgirão incertezas a respeito da continuidade e da manutenção das obrigações previstas no contrato.

A totalidade dos sistemas jurídicos nacionais prevêem que, dependendo das circunstâncias que se apresentem, uma parte contratual não será mais considerada responsável pela inexecução das obrigações que lhe cabem quando a execução se tornar impossível devido a fatores alheios a sua vontade ou fora de seu controle²³⁶.

Ainda que todos os sistemas jurídicos admitam tal exoneração de responsabilidade, cada um destes dará sua própria resposta, divergindo substancialmente quanto à delimitação dos casos em que isso ocorrerá²³⁷. No entanto, na prática dos contratos internacionais, prefere-se estipular expressamente as consequências de tais eventos através da inclusão de uma *cláusula de força maior* (*force majeure clause*) nos contratos.

A noção de força maior tem origem no Direito Romano e é clássica em sistemas jurídicos de influência romanística. Não obstante, nos contratos internacionais, a *cláusula de força maior* adquire contornos especiais, razão pela qual a prática contratual contemporânea desenvolveu novas soluções em relação ao tratamento tradicional, resultando em uma evolução da abordagem jurídica da questão²³⁸.

De forma geral, o efeito típico desta cláusula é o de que a parte afetada pelo evento fora do seu controle irá ser exonerada do seu cumprimento, seja temporariamente, em caso de impedimento temporário (ficando o contrato ou a sua

²³⁶ Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 231.

²³⁷ Id.

²³⁸ Fontaine,/De Ly, op. cit., p. 401.

execução suspensa), seja definitivamente, em caso de impossibilidade definitiva, ocasião esta que irá então por em causa a resolução do contrato²³⁹.

A inserção de uma cláusula de força maior é particularmente recomendável em um contrato internacional “chave na mão”. Isso se deve a dois fatores principais. Em primeiro lugar, os contratos “chave na mão” se traduzem em contratos de execução duradoura, podendo o seu período de execução perdurar durante anos, o que facilita a ocorrência de eventos supervenientes que impeçam, ainda que temporariamente, a continuidade das prestações contratuais de alguma das partes. Por outro lado, como vimos anteriormente, os contratos internacionais “chave na mão” tem especial realação com países menos desenvolvidos, os quais, muitas vezes, sofrem de maior instabilidade política e consequentemente estão mais sujeitos a mudanças significativas no cenário político, econômico e social.

Não a toa o *Silver Book* da FIDIC e o *ICC Model Turney Contract for Major Projects* contém cláusulas muito detalhadas de *force majeure*, as quais contém, além de sua definição, a previsão de suas consequências e dos deveres que envolve.

A sub-cláusula 19.1 do modelo contratual da FIDIC define *force majeure* como o evento ou circunstância excepcional: a) que está fora do controle das parte; b) que tal parte não poderia ter razoavelmente previsto antes de celebrar o contrato; c) que, tendo surgido, tal parte não poderia, de forma razoável, evitar ou superar; d) e que não é substancialmente atribuível à outra Parte. A mesma sub-cláusula ainda traz uma lista meramente exemplificativa de eventos ou circunstâncias considerados como excepcionais, desde que cumpridos os requisitos cumulativos acima citados, tais como guerras, revoluções, greves e catástrofes naturais. Na ocorrência de tais eventos, a parte cuja prestação contratual foi afetada deve notificar a outra parte a respeito da circunstância que faz a cláusula de força maior incidir, delimitando as obrigações que estão ou que serão impedidas de serem executadas. Feita a notificação, a parte então estará exonerada do cumprimento de tal obrigação pelo tempo em que perdurar o impedimento. A sub-cláusula 19.7 ainda dispõe que, se a execução do contrato se tornar ilegal ou impossível, ou as partes forem exoneradas de suas obrigações pela lei aplicável, então, mediante notificação por qualquer uma das partes, ambas estarão desobrigadas de prosseguir na execução do contrato, o que implica na sua extinção.

²³⁹ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 157.

De forma muito semelhante, o artigo 56.2 do modelo contratual da CCI define que, salvo disposição em contrário, a parte afetada poderá invocar a cláusula de *force majeure* desde que prove que a impossibilidade de satisfazer determinada obrigação contratual decorre de: a) impedimento que fuja razoavelmente do seu controle; b) cuja ciência da sua ocorrência não pudesse ter sido razoavelmente esperada quando da celebração do contrato; c) e cujos efeitos não poderiam razoavelmente terem sido evitados ou superados. Invocada com sucesso a cláusula de força maior, as consequências serão a suspensão do dever de executar o contrato, a exoneração da parte afetada da responsabilidade pela inexecução e ainda o bloqueio da faculdade de rescisão do contrato de que a outra parte possa ser titular, desde o momento em que tal evento causa o impedimento de execução, caso a notificação seja feita sem atraso, ou desde o momento em que a outra parte recebe a notificação, caso esta tenha sido feita com atraso.

Ainda que estejam inseridas em modelos de contrato específicos, as cláusulas de força maior contidas nos modelos contratuais acima destacados configuram cláusulas de grande amplitude, sendo possível às partes ajustá-las de maneira mais específica conforme as circunstâncias do caso concreto. Neste sentido, *MENDELBLAT* e *KRATOCHVILOVA*²⁴⁰ sintetizam muito bem a ideia ao afirmar o seguinte:

“The impact of standard form provisions must therefore be fully understood before they are agreed to without revision. Likewise, when drafting bespoke clauses, the parties should take care to address the fundamental drafting points discussed in this article. In all cases, the parties must satisfy themselves that the definition of force majeure will address the specifics of the project at hand and that the relief granted will be satisfactory in the circumstances. A failure properly to account for such matters in the contract could result in an affected party being solely reliant upon the limited relief that might be available under the common law doctrine of frustration.”

A relevância da perfeita delimitação daquilo que as partes estipularão como *força maior* decorre, por um lado, do fato de que a lei aplicável submete-o a determinado regime jurídico e, caso não sejam feitas especificações detalhadas no contrato, corre-se o risco de que certos eventos ou circunstâncias não se enquadrem na noção geral considerada pela lei como força maior²⁴¹. Por outro lado, a inserção de uma

²⁴⁰ MENDELBLAT, Michael; Emma KRATOCHVILOVA, *Force Majeure Clauses*, in *Construction Law Journal*, Westlaw UK, Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 8/9.

²⁴¹ Cretella Neto, op. cit., p. 459.

cláusula de força maior suficientemente detalhada assume particular importância quando o contrato for regido por um sistema nacional que adote uma atitude restritiva nesta matéria²⁴².

Este, aliás, não parece ser o caso dos sistemas jurídicos português e brasileiro.

No Direito português, o art. 709º/1 do Código Civil, ao tratar da *impossibilidade objectiva*, dispõe que a “obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.” A impossibilidade, neste caso, pode ser imputável a fato do credor, a força maior ou caso fortuito, a fato de terceiro ou a própria lei.

A impossibilidade causada por motivo de força maior traz embutida a ideia de inevitabilidade, ou seja, um fato que embora previsível, não fosse evitável. Já o caso fortuito configura hipótese de imprevisibilidade, o seja, um fato imprevisível, mas que seria evitável caso pudesse ser previsto²⁴³.

Tendo em vista os contratos de empreitada, *ROMANO MARTINEZ*²⁴⁴ afirma que se a impossibilidade superveniente de execução da obra não for imputável ao empreiteiro nem ao comitente, a obrigação do primeiro irá se extinguir (art. 790º/CC), enquanto o segundo ficará desobrigado do pagamento do preço (795º/CC), excetuadas as regras especiais do art. 1227º/CC

Neste sentido, segundo o entendimento doutrinário dominante, é necessário que haja uma impossibilidade real, não sendo suficiente que a prestação tenha se tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor²⁴⁵.

²⁴² Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 234.

²⁴³ O Tribunal de Relação do Porto fez interessante apontamento a respeito desta diferenciação: “*O caso de força maior era uma figura já conhecida do direito romano, onde se contrapunha directamente ao caso fortuito. ULPiano distinguia-os pela irresistibilidade que caracterizava o primeiro, ante a imprevisibilidade em que segundo se resolvia. Deste modo, o casus maior designava omnem vim cui resisti non potest, enquanto o casus fortuitus se definia como aquele quanto ao qual nullum humanum consilium proevidere potest.*

Segundo Manuel de Andrade, no conceito de caso fortuito sobressai a ideia de imprevisibilidade, pois o facto seria evitável se fosse previsto e no conceito de força maior sobressai a ideia de inevitabilidade (Teoria Geral das Obrigações, 2ª ed., Coimbra, 1963, págs. 421-422).

Também Cabral de Moncada se refere à imprevisibilidade e inevitabilidade como notas fulcrais de tais conceitos (Lições de Direito Civil, Parte Geral, 2ª ed., Coimbra, 1955, vol. II, págs. 473-474, nota 2).” Acórdão publicado em 26/02/2004, Apelação de nº 0430314, Documento nº RP200402260430314, Relator Fernando Baptista. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ae679d8dd241a1e680256e60004d226b?OpenDocument>>

²⁴⁴ Romano Martinez, Pedro. *Da Cessação do Contrato*, 2ª ed., Edições Almedina S.A, 2006, Coimbra, p. 555.

²⁴⁵ Lima Pinheiro (op. cit., 2005 (a), p. 233) faz referência ao entendimento de Antunes Varela (1997, p. 68), Menezes Leitão (2002 II, p. 114) e Galvão Teles (1997, 368 e ss. e 2002: 352 e ss). O autor ainda faz uma ressalva quanto a existência de indicações contraditórias na doutrina a respeito do entendimento da imputabilidade do fato ao devedor, umas influenciadas pelo Direito alemão e outras pelo Direito francês.

Com relação ao Direito brasileiro, o art. 393 do Código Civil dispõe que o “devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. E continua, no parágrafo único, afirmando que o “caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A lei equipara, portanto, os dois fenômenos²⁴⁶. Para o Código Civil brasileiro, caso fortuito e força maior são situações invencíveis, que refogem às forças humanas, ou às forças do devedor em geral, impedindo e tornando impossível o cumprimento da obrigação. Cumpre, neste caso, à parte afetada pelo evento ou circunstância comprovar a ocorrência dos mesmos e a consequente impossibilidade que decorre deles. São dois os elementos a serem provados: um de índole objetiva, que é o caráter inevitável do evento e outro de índole subjetiva, que é a ausência de culpa²⁴⁷.

No que se refere especificamente à legislação brasileira referente ao contrato de empreitada, o art. 635, I, do Código Civil dispõe que o empreiteiro poderá suspender a obra “por culpa do dono, ou por motivo de força maior”.

Por último, cabe ressaltar que a importância do instituto do *force majeure* perante o Direito Comercial Internacional é notada não só pela relevância dada ao tema por diversos instrumentos a serviço deste, como os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (art. 7.1.7), os Princípios de Direito Europeu dos Contratos (art. 8.108), a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (art. 79), o Projeto de Regulamento da UE sobre um Direito Europeu Comum da Venda (Seção 3, art. 110º e ss), o *Draft Common Frame of Reference* (art. 107º e ss), mas também pela vasta jurisprudência arbitral a respeito do tema.

As inúmeras decisões arbitrais nesta matéria tendem a estabelecer regras de costume jurisprudencial, em especial de regras interpretativas das cláusulas de força maior. Conforme tal jurisprudência, em suma, pode-se afirmar que só se admite a invocação da força maior em casos de eventos ou circunstâncias irresistíveis e imprevisíveis, consagrando-se ainda a obrigação de notificar a outra parte a respeito do ocorrido e a obrigação de empreender os melhores esforços (*best efforts*) no intuito de reestabelecer, dentro do possível, o *statu quo ante*.

Segundo o entendimento do autor, vigora no sistema português o *princípio da culpa*, nos termos do art. 487º/2 CC, aplicável à responsabilidade contratual por força do art. 799º/2 CC.

²⁴⁶ Para Pontes de Miranda, a distinção entre os dois fenômenos “só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes”. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXIII, Ed. Borsoi, 1958, Rio de Janeiro, p. 79.

²⁴⁷ Venosa, op. cit., 2008, p. 317.

15. CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

Além daqueles eventos ou circunstâncias extraordinárias que justificam a inclusão de uma cláusula de força maior nos contratos internacionais, as partes nestes contratos estão também sujeitas a alterações de circunstâncias econômicas, políticas ou tecnológicas que, não sendo previsíveis no momento da celebração do contrato, podem tornar a execução excessivamente onerosa, provocando desta forma a ruptura do equilíbrio contratual previamente estabelecido. Assim, por exemplo, durante a execução de um contrato “chave na mão”, ocorre um golpe político no país fornecedor de matéria prima, o que causa um aumento excessivo dos custos dos materiais utilizados na obra e conseqüentemente torna inviável ou por demais oneroso para uma das partes a continuidade da execução do contrato pelo preço avençado quando da celebração do mesmo.

Na tentativa de evitar que situações como esta, comuns no cenário econômico internacional, tornem a continuidade da relação contratual inviável para uma das partes, se recorre com grande frequência nos contratos internacionais às chamadas *cláusulas de hardship*.

A cláusula de *hardship* refere-se às situações em que a alteração das circunstâncias do contrato, em comparação com o momento em que foi celebrado, modifica sensivelmente o seu equilíbrio econômico e torna a execução particularmente onerosa para uma das partes, estabelecendo, para estes casos, uma adaptação do contrato²⁴⁸. Neste sentido, é comum que se fale em “cláusulas de adaptação”.

O efeito típico da cláusula de *hardship* é a possibilidade que se abre à parte lesada de solicitar a renegociação do contrato, com o objetivo de adaptar o contrato aquela nova realidade. Logicamente, a simples maior onerosidade do contrato para uma das partes não a exime, em princípio de cumprir com suas obrigações contratuais. O princípio da *pacta sunt servanda* permanece, pois, intocável. Não obstante, se tal princípio não comportasse qualquer exceção ou atenuação, a segurança jurídica das relações contratuais restaria por demais diminuída em função dos riscos que lhe são inerentes, o que certamente representaria um fator de retração dos agentes econômicos e, como consequência, da própria economia. Em um cenário como este, como bem afirma *SANTOS JÚNIOR*, “só com praticamente absoluta margem de segurança, em

²⁴⁸ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 238.

empreendimentos sem riscos e de pouco valor alguém contrataria”²⁴⁹. Assim, a nova concepção do contrato, suas novas funções desempenhadas na sociedade e na economia dos Estados modernos exigem, por exceção, uma atenuação do princípio geral²⁵⁰.

O que se leva em conta nestes casos é a onerosidade superveniente. Em qualquer caso, devem ser avaliados os riscos normais do negócio. Razões como as de ordem prática e de adequação social levam a que o contrato nessas condições excepcionais seja resolvido ou conduzido a níveis suportáveis de cumprimento para a parte devedora, através de um renegociação das suas condições inicialmente previstas²⁵¹.

Da mesma maneira que as cláusulas de força maior, as cláusulas de *hardship* tem particular interesse para contratos de longa duração, como os contratos “chave na mão”, uma vez que sua execução continuada no tempo lhe expõe a riscos supevenientes e imprevisíveis.

É verdade que *hardship* e *force majeure* se assemelham enquanto, em ambos os casos, fatores dotados de imprevisibilidade, inevitabilidade e exterioridade, de alguma forma, alteram o equilíbrio contratual. No entanto, a cláusula de *hardship* distingue-se da cláusula de força maior pois, enquanto esta última diz respeito a fatos que, escapando do controle e/ou da previsibilidade das partes tornam a execução do contrato impossível, aquela se refere a alterações fundamentais das condições econômicas do contrato que tornam a sua execução excessivamente onerosa para uma das partes, sem contudo, torná-la impossível²⁵². Ou seja, no primeiro caso, a execução do contrato terá se tornado impossível, sendo esta impossibilidade temporária ou definitiva, cessando-se o cumprimento das obrigações afetadas enquanto perdurarem os efeitos do evento. Já no segundo caso, as circunstâncias da *hardship* implicam em um particular acréscimo de onerosidade para uma das partes, podendo até mesmo tornar o contrato desprovido de utilidade, mas mantém-se a possibilidade de prosseguir com a execução do contrato, contudo em patamar econômico mais elevado do que previsto originalmente²⁵³.

O tratamento jurídico dado às alterações de circunstâncias em que o contrato está inserido e que tornam o seu cumprimento especialmente oneroso encontra grande divergência entre os sistemas nacionais.

²⁴⁹ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 150.

²⁵⁰ Venosa, op. cit., p. 454.

²⁵¹ Id.

²⁵² Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 239 *apud* Frigani, 1991, nº 4.

²⁵³ Cretella Neto, op. cit., p. 476.

Enquanto para alguns sistemas, como o Direito francês, a alteração de circunstâncias só desonera o devedor em casos de força maior ou caso fortuito, não abrindo espaço, em regra, para uma adaptação do contrato, outros sistemas, como o italiano, admitem a renegociação como uma alternativa à resolução do contrato quando este se torne excessivamente oneroso para uma das partes.

É possível ainda, perante os Direitos vigentes nas ordens nacionais, encontrar soluções intermediárias. É o caso da doutrina da “*frustration of contract*” desenvolvida pela jurisprudência inglesa e que, ressalvadas certas peculiaridades, também é adotada pela jurisprudência norte-americana. Também o Direito português, até certo ponto influenciado pelo Direito e pela jurisprudência alemã, se enquadra nesta solução intermediária

Nos termos do art. 437º/1 do Código Civil português, se houver uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a parte lesada tem a faculdade de rescindir o contrato ou de exigir a sua modificação segundo juízos de equidade desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. O 437º/2 dispõe ainda que se a parte lesada optar pela rescisão, a parte contrária pode opor-se, declarando aceitar a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Não obstante, de acordo com o art. 438º do CC faz uma exceção a situação em que a parte lesada estiver em mora, afirmando que esta não irá gozar do direito de resolução ou modificação do contrato se estava em mora no momento em que ocorreram as alterações das circunstâncias. Além disso, ressalva-se, de acordo com o art. 334º, o limite colocado ao exercício do direito de crédito pelo instituto do abuso do direito.

Para VENOSA, o “vigente Código Civil português avançou no alcance dessa figura jurídica, obtendo uma forma mais vinculada ao negócio jurídico em si e ao princípio da boa-fé, realçando com propriedade a *alteração das circunstâncias do contrato*”. Ainda neste sentido, o autor afirma que a “fórmula encontrada pelo legislador lusitano afigura-se a mais elegante, moderna e eficiente, inclusive mencionando tecnicamente que o demandado pode opor-se à pretensão, aceitando a modificação do contrato.”²⁵⁴

²⁵⁴ Venosa, op.cit., p. 461

Quanto ao Direito brasileiro, o instituto do *hardship* só passou a ser regulado a partir do Código Civil de 2002, uma vez que o Código Civil de 1916, orientado por princípios positivistas e individualistas, não possuía regra sobre onerosidade excessiva.

É verdade que, mesmo antes do advento do novo Código Civil, a *teoria da imprevisão* já se encontrava consagrada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Além disso, a legislação extravagante também contemplava tal teoria, em especial no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Locação.

Embora o Código Civil de 2002 não faça qualquer menção expressa ao termo *hardship*, ao se comparar o texto dos art. 474 a 480 com a forma com que o termo normalmente é empregado no âmbito do Direito Comercial Internacional, pode-se dizer que o Direito positivo brasileiro recepcionou plenamente o princípio²⁵⁵.

O atual Código Civil brasileiro traz três artigos específicos sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva, embora outros dispositivos também abordem o tema²⁵⁶.

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

Da leitura dos artigos transcritos percebe-se, em primeiro lugar, que a onerosidade excessiva, causada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis dá direito à parte lesada a pedir a resolução do contrato. No entanto, na tentativa de evitar a

²⁵⁵ Venosa, op. cit. p. 495.

²⁵⁶ A respeito da hipótese de desproporção manifesta no valor da prestação devida, o art. 317 do Código Civil dispõe o seguinte: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

resolução, o réu, que neste caso será o credor demandado judicialmente, tem a possibilidade de concordar com a modificação equitativa do contrato, para sua manutenção e aproveitamento.

É criticável, porém, o fato do art. 478 exigir que na hipótese ocorra “*uma extrema vantagem para a outra parte*”. Como vimos anteriormente, o essencial do instituto do *hardship* é a onerosidade excessiva que se projeta sobre uma das partes, sendo irrelevante que a outra parte tenha ou não sido beneficiada. Esse aspecto é levado em conta pelo Projeto de Lei nº 699/11 (que substituiu o Projeto de Lei nº 6960/2002), o qual altera a redação deste artigo para suprimir a exigência de “extrema vantagem para a outra parte”.

Alem de suprimir tal exigência, o novo texto do artigo, sugerido pelo citado Projeto de Lei, aproxima a legislação brasileira da portuguesa ao dispor que “[n]ão pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias.”

Para além disso, há também no Código Civil brasileiro previsão específica relativa a excessiva onerosidade em contratos de empreitada:

“**Art. 625.** Poderá o empreiteiro suspender a obra:

(...)

II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;”

De qualquer maneira, deve-se ter em conta que perante os principais sistemas jurídicos, inclusive aqueles aqui analisados, se reconhece que no domínio dos contratos obrigacionais os efeitos jurídicos são, em primeira linha, determinados pela vontade das partes. Nesta esteira, as cláusulas contratuais terão primazia sobre as regras objetivas dispostas nos ordenamentos jurídicos nacionais relativamente à alteração de circunstâncias. Desta forma, serão as normas contidas no art. 437º do Código Civil português e no art. 478 do Código Civil brasileiro, assim como as demais normas aplicáveis em ambos os ordenamentos, supletivas em relação ao disposto no contrato²⁵⁷.

²⁵⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 241.

Neste sentido, ainda que se adote o *Silver Book* da FIDIC ou o *ICC Model Turney Contract for Major Projects* como modelo contratual, parece recomendável a inclusão de uma cláusula de *hardship* mais detalhada, fazendo-se remissão, por exemplo, ao modelo de cláusula elaborado pela CCI (*ICC Hardship Clause 2003*). Isso porque, ao contrário do que ocorre com a cláusula de *force majeure*, não há naqueles modelos contratuais menção expressa à cláusula de *hardship*, o que pode causar dificuldades na identificação e na delimitação do instituto.

16. ALTERAÇÕES NO PROJETO E NA EXECUÇÃO DA OBRA – AS “*VARIATION CLAUSES*”

Modificações e alterações são inerentes ao processo de concepção e construção de uma obra, em especial naquelas de grande porte. Tais modificações são muito comuns na prática, independentemente da qualificação técnica dos responsáveis pelo projeto e execução da obra ou mesmo da intenção do cliente em manter os custos dentro do orçamento inicialmente previsto. Diante disto, levando-se em conta o caráter evolutivo, complexo e de execução duradoura dos contratos internacionais de engenharia, estes fatalmente irão conter *cláusulas de alterações do projeto e da execução da obra* (ou simplesmente *cláusulas de modificação*), mais conhecidas pela sua denominação anglo-saxã “*variation clauses*”.

Estas cláusulas fazem referência, em termos gerais, às modificações ordenadas pelo cliente destinadas a aumentar, reduzir ou suprimir a quantidade, a qualidade ou a duração da obra, bem como a realizar alterações técnicas na mesma, dando lugar a um ajuste do preço do contrato e do prazo para sua execução²⁵⁸. Também a sociedade de engenharia, em atenção ao seu dever de informar o cliente de melhorias suscetíveis de acarretar uma diminuição de custos ou uma maior eficiência da obra, pode propor ao cliente modificações no projeto ou na execução da obra.

As razões que levam à inclusão de uma *cláusula de modificação* no contrato são marcadamente reduzidas em um contrato “chave na mão”. Nestes, a concepção do projeto, como já frisado anteriormente, já não é um campo sob controle estrito do cliente. A sociedade de engenharia assume a responsabilidade integral de garantir que as obras concluídas cumpram as exigências do cliente, o qual, pelo menos em teoria, não necessitaria solicitar modificações. No entanto, mesmo em um contrato “chave na mão”,

²⁵⁸ Hernandez Rodrigues, op. cit., p. 1790.

é necessário que o cliente mantenha seu “poder” de solicitar modificações no projeto (*power to vary* ou *right to vary*). Isso se deve a duas razões principais: por um lado, preserva-se um poder de escolha ao cliente mesmo após a conclusão do contrato; e por outro, a superveniência de condições ou circunstâncias imprevistas podem fazer necessárias certas modificações²⁵⁹.

As modificações (*variations*) que aqui se tem em conta são aquelas prestações não incluídas inicialmente no contrato e nem no preço determinado no mesmo, mas que por razões supervenientes, se fazem, ao menos na visão de uma das partes no contrato, necessárias. No entanto, não significam simples variações do preço do contrato por fatores externos, bem como não acarretam uma renegociação do contrato, como ocorre com as cláusulas de *hardship*. Ao contrário disso, as *cláusulas de modificação* pressupõem, em regra, um poder unilateral do cliente para ordenar alterações no projeto e na execução da obra²⁶⁰.

Tal afirmação encontra respaldo nos modelos contratuais da FIDIC e da CCI que aqui temos analisado. Quanto ao primeiro, a sub-cláusula 13.1 estabelece que *modificações* podem ser solicitadas pelo cliente a qualquer momento anterior à recepção das obras pelo mesmo, momento este determinado pela emissão do documento denominado “*Taking-Over Certificate*”, como veremos mais adiante. Já no modelo contratual da CCI, o artigo 35.4 garante ao cliente o direito de ordenar *modificações* de tempos em tempos durante a execução dos trabalhos, até o momento da recepção da obra pelo mesmo ou, caso a *modificação* seja acordada pela sociedade de engenharia, até o o final do *período de correção de defeitos* determinado no contrato (*Defect Corretion Period*). Em ambos os casos, no entanto, as *modificações* não podem consistir na supressão de omissões em qualquer parte das obras, a fim de ter esse trabalho executado por outras partes que não a sociedade de engenharia.

Ainda que se trate de uma ordem unilateral de iniciativa do cliente, é reservado à sociedade de engenharia o direito de recusar a *modificação* solicitada, desde que preenchidos alguns requisitos. O *Silver Book* da FIDIC, na segunda parte da sub-cláusula 13.1, prevê que a sociedade de engenharia estará vinculada e deverá executar as *modificações* ordenadas pelo cliente a não ser que prontamente informe a este uma das seguintes condições: a) a impossibilidade de obtenção imediata dos bens e materiais necessários para a realização da *modificação*; b) que tal *modificação* acarretará na

²⁵⁹ Huse, op. cit., p. 369.

²⁶⁰ Ibid., 370.

redução de segurança ou de adequação da obra; c) que tal *modificação* terá um impacto adverso no que diz respeito as garantias de desempenho da sociedade de engenharia. (*Performance Guarantees*). Nestes casos, após receber a informação, o cliente terá a opção de cancelar, confirmar ou realizar alterações na solicitação anterior.

Por sua vez, o *ICC Model Turney Contract for Major Projects*, em seu artigo 35.6, prevê que a sociedade de engenharia poderá negar a realização da *modificação* ordenada pelo cliente quando esta modificação: a) não tiver relação com o projeto ou com a execução da obra; b) não for viável na prática; c) não tenha sido, na opinião razoável da sociedade de engenharia, objeto de garantia adequada nos termos do art. 13.5; d) afete de maneira adversa as obrigações contratuais da sociedade de engenharia; e) signifique uma redução de segurança ou de adequação da obra.

Nesta mesma esteira, nos termos do art. 625, III, do Código Civil brasileiro, é possível inclusive que a parte contratada suspensa a obra caso as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

É normal que a *cláusula de modificação*, quando as alterações solicitadas acarretem direta ou indiretamente na necessidade de se ajustar o preço do contrato, estabeleça o critério de avaliação respectivo, utilizando-se para tanto de referências à preços parciais ou índices estabelecidos no contrato para o tipo de alteração que se trate. Neste sentido, será o próprio contrato que irá determinar a maneira de se valorar o preço referente às modificações pretendidas, o prazo para exame das mesmas e as formalidades que deverão ser atendidas por ambas as partes. No entanto, caso não haja previsão contratual expressa, as partes poderão formular acordo posterior a respeito do ajustamento do preço das alterações introduzidas ou ainda utilizar-se, por analogia, de índices aplicáveis ao preço do contrato para determinar as bases de cálculo para tais modificações. Divergindo as partes a respeito de tal ajustamento de preço, o mesmo deverá então ser determinado através do modo de resolução de litígios previsto no contrato²⁶¹.

Sob o aspecto formal, tem-se normalmente que a *ordem de modificação* deve ser feita por escrito. A falta de um requerimento escrito pode causar dificuldades para que a sociedade de engenharia prove a existência de uma *ordem de modificação* e consequentemente obtenha o pagamento referente à mesma.

²⁶¹ Murray et. al., op. cit., p. 526.

A exigência de forma escrita, perante a legislação brasileira, é tida como condição para que se possa exigir acréscimo no preço. É o que extrai do art. 619 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe o seguinte:

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

Não existe, para além disso, maior detalhamento no Código Civil brasileiro a respeito das *cláusulas de modificação*.

Já perante o Direito português, mais especificamente no regime de Direito privado do contrato de empreitada, há menção expressa às *cláusulas de modificação*, as quais, perante este sistema, recebem a denominação de “alterações ao plano convencionado”²⁶². O Código Civil português tece distinções entre alterações de iniciativa do empreiteiro, as alterações necessárias e as alterações exigidas pelo dono da obra.

A regra geral das alterações de iniciativa do empreiteiro está consagrada no art. 1214º/1 CC e estabelece que o empreiteiro não pode fazer alterações ao plano convencionado sem autorização do dono da obra. Caso o faça, a obra alterada é havida como defeituosa, ficando a cargo do dono da obra aceitá-la ou não, não estando obrigado, no entanto, a qualquer suplemento de preço e nem a indemnização por enriquecimento sem causa (1214º/2). Nos casos em que houver autorização do dono da obra para a realização de alterações propostas pelo empreiteiro, será necessário observar se foi ou não fixado para a realização da obra um preço global. Tendo sido fixado um preço global, a autorização do cliente às alterações propostas deverá assumir a forma

²⁶² Esta é a denominação adotada pelo texto do Código Civil e seguida por boa parte da doutrina. Por outro lado, Santos Júnior (op. cit., 2009, p. 135) utiliza-se da expressão “cláusula de alterações do projecto e/ou da sua execução” para se referir às *variation clauses*.

escrita, com o respectivo recálculo do preço. Caso contrário, o empreiteiro só será ressarcido do que despende a mais nos termos do enriquecimento sem causa do dono da obra, nos termos do artigo 1214º/3 CC.

Quanto às alterações necessárias, a regra do art. 1215/1 CC dispõe que nos casos em que para a execução da obra for necessário, em consequência de direitos de terceiro ou de regras técnicas, introduzir alterações ao plano convencionado e as partes não vierem a acordo, compete ao tribunal determinar essas alterações e fixar as correspondentes modificações quanto ao preço e ao prazo de execução. As alterações de que trata este artigo são aquelas necessárias por fatos não imputáveis a nenhuma das partes e que tem em vista a proteção de direitos de terceiros ou a adequação técnica da obra.

Por último, nos termos do artigo 1216º/1 CC, é consagrada a possibilidade do dono da obra exigir a realização de alterações ao plano convencionado. Este artigo corresponde a uma daquelas hipóteses previstas pelo artigo 406º/1 CC, uma vez que a modificação do contrato se dá mediante uma manifestação unilateral de vontade, ou seja, trata-se de um “caso admitido na lei” que permite alterações no contrato sem que haja um “mútuo consentimento dos contraentes”. Este tipo de alteração se justifica pelo fato da empreitada ser executada no interesse do dono da obra (assim como o é nos contratos “chave na mão”), pelo que a sua vontade deve ser respeitada, mesmo após a celebração do contrato. Terá o empreiteiro, nestes casos, direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho, assim como a um acréscimo de prazo para a execução da obra.

17. ACEITAÇÃO E RECEPÇÃO DA INSTALAÇÃO

Nos contratos “chave na mão”, assim como nos contratos de engenharia em geral, para que se considerem cumpridas as obrigações da sociedade de engenharia, é necessário que o cliente, após verificar a adequação e conformidade da obra nos termos dos requerimentos estipulados no contrato, aceite a instalação²⁶³. A aceitação é a manifestação da vontade pela qual o cliente declara que a unidade industrial foi realizada a contento, constituindo-se mesmo como uma obrigação deste frente ao contratos aqui visados²⁶⁴.

²⁶³ Hernandez Rodrigues, op. cit., p. 1795

²⁶⁴ As expressões “aceitação” e “recepção” são usadas algumas vezes de forma indistinta. No entanto, seguimos aqui o entendimento de que a recepção da obra refere-se ao estágio posterior à verificação e

De acordo com o art. 615 do Código Civil brasileiro, uma vez concluída a obra de acordo com o ajuste, o dono é obrigado a recebê-la, podendo, no entanto, rejeitá-la caso o empreiteiro tenha se afastado das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza. Por sua vez, o Código Civil português, nos termos do artigo 1218º/1, estabelece que o dono da obra, antes de aceitá-la, deve verificar se ela se encontra nas condições convencionadas e sem vícios²⁶⁵.

A aceitação de estágios progressivos da obra ou da obra integral e completa traduz-se num incidente importante na execução do contrato, tendo em vista que muitas vezes o pagamento ou parte dele dependem diretamente deste ato de aceitação por parte do cliente.

Com efeito, nos contratos de engenharia tradicionais, como são os de empreitada, a aceitação da obra é o ato do cliente que atesta o cumprimento das obrigações da sociedade de engenharia, liberando-a da responsabilidade pelos defeitos conhecidos ou aparentes e ditando o início do prazo de garantia sobre vícios ocultos. Não obstante, a prática internacional dos contratos “chave na mão”, levando em conta a complexidade, dimensão e os valores envolvidos nestes contratos, sugere que este processo de aceitação ocorra de forma mais gradativa.

Concretamente, nos contratos “chave na mão” a aceitação das obras se divide em dois momentos distintos: o da aceitação provisória (*substantial completion*) e o da aceitação definitiva (*final acceptance*). Este sistema dual de aceitação tem por objetivo assegurar o cumprimento integral das obrigações da sociedade de engenharia, uma vez que só o tempo, a realização de testes e o efetivo uso da instalação serão capazes de revelar possíveis deficiências ou imperfeições não visíveis imediatamente após a conclusão das obras. Geralmente, a aceitação provisória tem por finalidade não desvincular por completo a sociedade de engenharia das suas obrigações contratuais, a fim de apurar eventuais defeitos que sejam detectáveis apenas quando a unidade estiver em regular operação. Assim, após a aceitação provisória, a sociedade de engenharia permanece responsável por vícios ocultos que eventualmente venham a se manifestar, reservando-se ao cliente, após a tomada de posse da instalação, o direito de exigir

aceitação da mesma. Cf. Venosa, op. cit., contratos em espécie p. 233. Para além disso, preferimos o termo “instalação” em detrimento do termo “obra”, tendo em vista que os contratos “chave na mão” não envolvem unicamente a construção de uma obra.

²⁶⁵ De acordo com o nº 4 do mesmo artigo do Código Civil português, os resultados da verificação devem ser comunicados ao empreiteiro. Caso não haja verificação ou na falta de comunicação dos seus resultados, considerar-se-á aceita a obra.

reparos de vícios ou defeitos que se exteriorizem durante o prazo que transcorre até a aceitação definitiva²⁶⁶.

A obrigação global de conceber, construir e colocar em funcionamento a instalação, assumida pela sociedade de engenharia frente ao cliente nos contratos “chave na mão”, justifica que sejam efetuadas uma série de provas ou testes, durante diferentes momentos da execução do contrato e antes da aceitação definitiva da obra, com a finalidade de se verificar progressivamente o cumprimento das exigências contratuais. É comum, neste sentido, que os contratos aqui em vista contenham disposições muito detalhadas que irão determinar tanto o procedimento a ser observado para a realização destes testes quanto às consequências da obtenção ou não dos resultados buscados. Estes testes, ao mesmo tempo em que demonstram a adequação da obra aos parâmetros estabelecidos no contrato, também irão proporcionar, dependendo do sucesso obtido²⁶⁷, uma distribuição dos riscos entre a sociedade de engenharia e o cliente.

Quanto ao conteúdo destas disposições, é válida a menção à parte final do item 78 do *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*²⁶⁸:

The project agreement should set out in detail the nature of the completion tests or the inspection of the completed facility; the timetable for the tests (for instance, it may be appropriate to undertake partial tests over a period, rather than a single test at the end); the consequences of failure to pass a test; and the responsibility for organizing the resources for the test and covering the corresponding costs. In some countries, it has been found useful to authorize the facility to operate on a provisional basis, pending final approval by the contracting authority, and to provide an opportunity for the concessionaire to rectify defects that might be found at that juncture.

A cláusula 9ª do *Silver Book* da FIDIC estabelece obrigações da sociedade de engenharia referentes aos testes (*tests on completion*) a serem realizados antes de o empregador aceitar e tomar posse das instalações (9.1). É especificada, neste sentido,

²⁶⁶ Cf. Herdandez Rosrigues, op. cit., p. 1795 e Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 140.

²⁶⁷ Tendo em vista a aceleração do processo de conclusão das obras, é comum que os contratos especifiquem a margem de erro dos testes, admitindo que os mesmos tenham sucesso mesmo na ocorrência de pequenas falhas, as quais normalmente serão consideradas como falhas e corrigidas separadamente, não interferindo na continuidade das obras. Cf. Huse, op. cit., p. 311.

²⁶⁸ *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* (UN, Nova York, 2001), p. 127.

uma sequência de testes composta pelos “*pré-commissioning tests*”, “*commissioning tests*” e o “*trial operation*”. Durante esta última fase de testes, o “*trial operation*”, a instalação já opera de acordo com a finalidade para a qual foi construída, porém ainda sob a responsabilidade da sociedade de engenharia, a qual deve notificar o cliente de que as instalações estão prontas para quaisquer testes complementares. Também são delimitados, na sub-cláusula 9.2, direitos recíprocos das partes, quando confrontadas com atrasos nos testes causados pela outra parte. Caso sejam apontadas falhas na instalação durante os testes, poder-se-á solicitar, por ambas as partes, a repetição do teste (sub-cláusula 9.3). Se mesmo assim não se obtiver sucesso, a sub-cláusula 9.4 determina o procedimento que poderá ser adotado pelo cliente, podendo este, por exemplo, determinar a realização de novos testes ou aceitar a instalação na forma em que se encontra. Terminada a fase de testes, ocorrerá então a aceitação parcial das obras pelo cliente através da emissão do documento denominado *Taking Over Certificate*, permanecendo a sociedade de engenharia responsável por um determinado período pelos defeitos que não puderam ser constatados até então (*Defects Notification Period*).

No mesmo contexto, o artigo 45.1 do *ICC Model Turney Contract for Major Projects* estabelece que a sociedade de engenharia deve notificar o cliente quando considerar que as obras estão concluídas, seja com relação a obra integral seja com relação a uma unidade da mesma, caso o contrato preveja a divisibilidade da obra. Ao receber a notificação, caberá ao cliente, nos termos do artigo 45.2, entregar à sociedade de engenharia o certificado de conclusão (*Certificate of Completion*) das obras ou, caso haja motivo razoável para tanto, certificar esta última de que as obras não estão a contento, justificando a sua posição e detalhando os trabalhos que ainda deverão ser realizados para que a obra seja possa ser considerada efetivamente concluída. Com relação aos testes propriamente ditos, o artigo 46.3 conceitua os testes de desempenho (*Performance Tests*) como aqueles necessários para que seja demonstrado o alcance dos parâmetros previstos em contrato (*Contractual Performance*). Caso tais parâmetros sejam alcançados e a obra se mostre apta a atingir os fins aos quais se destina, dar-se-á a aceitação provisória da obra pelo cliente, o qual tomará posse e assumirá a responsabilidade pela mesma, permanecendo a sociedade de engenharia responsável por possíveis vícios ocultos que venham a se apresentar durante certo período de operação da instalação, o chamado “*Defect Correction Period*” (art. 47.3).

De forma geral, é possível afirmar que a aceitação provisória põe fim a responsabilidade da sociedade de engenharia quanto aos defeitos aparentes e pode ser

expressa ou tácita. Será expressa quando o cliente manifestar sua aceitação a respeito do todo da obra ou de parte dela por meio da emissão de um certificado, cuja denominação, como vimos acima, poderá variar dependendo do modelo contratual utilizado ou dos termos escolhidos no contrato. Por outro lado, a aceitação será tácita quando se demonstre uma vontade inequívoca de aceitação da obra por parte do cliente sem que tenha havido um procedimento formal para tanto, como, por exemplo, nos casos em que transcorre um determinado período de tempo previsto no contrato, quando o cliente se utiliza das obras em seu proveito antes de emitir o certificado de aceitação ou quando, por causas imputáveis ao cliente, não puderem ser realizados os testes na data indicada no contrato, presumindo-se que a aceitação ocorreu no dia em que deveriam ter sido realizadas²⁶⁹.

Estes não são, porém, os únicos efeitos da aceitação da obra. Dependendo do ordenamento jurídico em questão e, claro, das disposições do contrato, é possível que a aceitação da obra gere a transferência da propriedade da instalação, a transferência do risco relativo à instalação propriamente dita e ainda a obrigação de pagamento do preço remanescente.

Nos contratos “chave na mão”, com a aceitação provisória das obras sobrevém, em geral, a transferência ao cliente da propriedade e dos riscos inerentes ao seu funcionamento²⁷⁰. Ou seja, a partir deste momento, cabe ao cliente a operação da instalação industrial, assumindo os riscos da sua exploração. Todavia, ainda que haja a assunção dos riscos da exploração do complexo pelo cliente, inicia-se também com a aceitação provisória um período de garantia, nos termos já mencionados. Durante o período de tempo que corre entre a aceitação provisória e a definitiva, a sociedade de engenharia, como visto, permanece responsável por defeitos que sobrevenham na planta, nas máquinas e nos materiais, bem como pelo incumprimento de quaisquer outras obrigações contratuais. Caso a sociedade de engenharia não venha a cumprir com tal obrigação de garantia, o cliente poderá optar entre realizar os trabalhos necessários para sanar os defeitos sob conta e risco da sociedade de engenharia, reduzir o preço do

²⁶⁹ Cf. Hernandez Rodriguez, p. 1797. A autora faz aqui menção às sub-cláusulas 10.1, 10.2 e 10.3 do *Orange Book* da FIDIC. No entanto, tais considerações são igualmente pertinentes no que toca o *Silver Book*.

²⁷⁰ O Código Civil brasileiro é omissivo quanto a determinação do momento em que há a transferência da propriedade. Já o Código Civil português, no seu artigo 1212º/2, prevê que se a instalação houver sido realizada em imóvel do dono da obra, mesmo se os materiais foram obtidos pelo empreiteiro, a instalação será de propriedade daquele, considerando-se que os materiais empenhados pelo empreiteiro são adquiridos pelo dono da obra à medida que vão sendo incorporados no solo.

contrato ou até resolver o contrato, caso o defeito seja de tal natureza a instalação de atingir os fins a que se destina²⁷¹.

Em alguns casos, a sociedade de engenharia estará também obrigada a oferecer, durante certo período de tempo, a assistência técnica necessária para o funcionamento da instalação e para a formação do pessoal do cliente. Além disso, é possível que se preveja no contrato que, após a aceitação provisória, o cliente, assistido pela sociedade de engenharia, utilize seu próprio pessoal para realizar testes de rendimento, sobretudo para testar níveis de qualidade e quantidade de produção, consumo de energia e outros aspectos de desempenho relevantes para o propósito do projeto. São os chamados “*Tests After Completion*”²⁷², nos quais a sociedade de engenharia assume uma obrigação de meios e não de resultado, pelo que só se poderá exigir responsabilidade da mesma se for possível comprovar que atuou sem a diligência necessária no cumprimento das suas obrigações contratuais, estabelecendo-se no contrato uma penalidade para tanto.

Finalizado o período de garantia posterior a aceitação provisória da obra, dá-se início ao procedimento de aceitação definitiva da obra, que culmina geralmente com a emissão de uma certificação de aceitação final²⁷³.

A aceitação definitiva da obra supõe a extinção da responsabilidade da sociedade de engenharia, salvo no que se refere à garantia legal que tem início a partir deste momento e cuja duração irá variar conforme o Direito aplicável ao contrato. O Direito brasileiro, por exemplo, prevê, no artigo 618 do Código Civil, que nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Semelhante previsão é encontrada no Direito português, mais especificamente no art. 1225º do Código Civil, o qual dispõe que se a empreitada tiver por objeto a construção, modificação ou reparação de edifícios ou outros imóveis destinados por sua natureza a longa duração e, no decurso de cinco anos a contar da entrega, ou no decurso do prazo de garantia convencionado, a obra, por vício do solo ou da construção, modificação ou reparação, ou por erros na execução dos trabalhos, ruir total ou parcialmente, ou

²⁷¹ Hernandez Rodriguez, op. cit., p. 1798.

²⁷² CF. Cláusula 12 do *Silver Book* da FIDIC. Hernandez Rodriguez utiliza-se da expressão “*pruebas de rendimiento*” como sinônimo para a expressão anglo-saxã.

²⁷³ O *Silver Book* da FIDIC denomina este documento de “*Performance Certificate*”. Já o *ICC Model Turney Contract for Major Projects* faz uso da denominação “*Certificate of Final Acceptance*”.

apresentar defeitos, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente.

A prática contratual sugere, ademais, que com a aceitação definitiva da obra inicia-se o prazo para pagamento do preço do contrato ou do valor remanescente do mesmo, uma vez que este se dá, habitualmente, de forma escalonada. Com efeito, após a aceitação definitiva se dá o recebimento da obra pelo cliente, o qual, em contrapartida, tem o dever de cumprir integralmente com suas obrigações contratuais.

18. CLÁUSULA PENAL

A responsabilidade civil, em decorrência do princípio da liberdade contratual reconhecido pelos principais sistemas jurídicos, pode ser objeto de regulação negocial, desde que sejam respeitados os limites definidos por normas imperativas de direito²⁷⁴.

Uma destas convenções sobre a responsabilidade civil é justamente a cláusula penal, a qual assume relevo pelo sua importância na prática do comércio internacional, sobretudo pela frequência com que é encontrada nos mais variados tipos de contratos internacionais, em especial os contratos de empreitada e os contratos “chave na mão”.

Quanto ao seu conceito, é possível definir a cláusula penal como aquela que prevê o pagamento, por parte do devedor, de um montante pré-fixado em caso de incumprimento de uma obrigação²⁷⁵. É assim, de extrema eficácia para conduzir à sanção as ações ou omissões incondizentes com os ajustes contratuais, tais como a mora na execução, inexecução de garantias de rendimento ou de qualidade, inexecução de obrigações de não fazer, entre outras²⁷⁶.

Estas cláusulas podem assumir feições muito diversificadas, suscitando divergências quanto a sua matéria não só entre os sistemas jurídicos nacionais mas também no próprio seio de cada um destes sistemas. Diante disso, torna-se praticamente impossível se pensar um *standard* ou um padrão rígido para a redação destas cláusulas.

Na tentativa de contornar esta situação, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional concentrou esforços em busca de uma uniformização das regras relativas à matéria²⁷⁷. Foram então adotadas pela Comissão, no ano de 1983,

²⁷⁴ Lima Pinheiro, op. cit. 2005 (a), p. 245 *apud* Almeida Costa, 2004, p. 728 e ss.

²⁷⁵ Ibid., p. 245.

²⁷⁶ Strenger, op. cit., 2003 (a), p. 221.

²⁷⁷ Logo de início, as amostragens recolhidas pela CNUDCI revelaram que as cláusulas penais eram frequentes não só nos contratos de venda e de construção, como a princípio se imaginava, mas também e

as Regras uniformes relativas às cláusulas contratuais estipulando o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento. No entanto, apesar da utilização destas regras ter sido recomendada aos Estados- Membros da ONU por Resolução da Assembleia-Geral, não houve a adoção esperada das mesmas por parte dos principais sistemas jurídicos.

As cláusulas penais podem realizar funções indenizatórias, punitivas ou de limitação a eventual responsabilidade ao montante fixado.

A *função indenizatória*, desempenhada pela maioria das cláusulas desta natureza, será exercida pela cláusula penal quando for fixado antecipadamente o valor da indenização pelo prejuízo causado pelo incumprimento. Esta função, no entanto, não será realizada pela cláusula que fixar a indenização em valor muito inferior ao valor dos prejuízos.

No desempenho desta função, a cláusula penal evita pretensões resistidas sobre a fixação do montante do prejuízo sofrido, o que facilita a previsão econômica das partes, possibilitando a compensação de prejuízos a respeito dos quais é difícil produzir provas e contribuindo para uma redução da litigiosidade e dos custos que daí decorrem²⁷⁸. Desta forma, busca-se prevenir que as partes passem por um processo judicial ou por procedimento arbitral muitas vezes longo e custoso, determinando uma forma mais rápida e célere para o ressarcimento por conta do incumprimento.

Perante os sistemas jurídicos português e brasileiro, no entanto, a cláusula penal só poderá realizar tal função de forma limitada. O art. 811º/3 do Código Civil português determina que o credor não pode em caso algum exigir indenização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal. O Código Civil brasileiro, por sua vez, estabelece, no art. 412, que o valor da cláusula penal não poderá ser superior ao valor da obrigação principal.

No que tange à *função punitiva*, esta será exercida pela cláusula penal quando a mesma não se destine unicamente a reconstituir a situação que hipoteticamente existiria em caso de cumprimento regular da obrigação, mas também imponha ao devedor uma penalidade ou uma desvantagem. Com efeito, esta função será desempenhada quando o montante fixado seja visivelmente muito superior ao valor do prejuízo causado pelo incumprimento²⁷⁹.

em grande escala, nos contratos de empréstimo, de transporte, de distribuição, etc. Cf. Strenger, op. cit., 1999, p. 370.

²⁷⁸ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 246.

²⁷⁹ Cf. Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 247.

A cláusula penal assume aqui um caráter punitivo, ainda que a sua principal finalidade seja preventiva, ou seja, de evitar que o devedor não cumpra o contrato. É o que ocorre, por exemplo, em um contrato “chave na mão”: a pressão exercida pela cláusula penal sobre a sociedade de engenharia tenderá a impulsionar esta ao cumprimento devido e, conseqüentemente, evitará o incumprimento.

Perante o direito português, a cláusula penal não poderá ou só poderá muito limitadamente realizar uma função punitiva, tendo em vista a aplicação do já citado art. 811º/3 CC. Ainda que haja certa divergência quanto a aplicabilidade deste artigo à cláusula penal que prossiga a função punitiva, o entendimento da doutrina parece ser no sentido de que o citado artigo neutraliza tal função punitiva. Para *PINTO MONTEIRO*²⁸⁰, a norma contida no art. 811º/3 “serviu para mostrar que a figura regulada no Código Civil é, hoje, uma *cláusula meramente reparatória*”. Na visão do autor, “a finalidade *coercitiva*, que o legislador de 1966 terá pensado poder exercer-se através da indemnização, sofreu um duro golpe, após a consagração da referida norma: o nº 3 do art. 811.º [...] traduz o *abandono* da ideia de *indenização sancionatória*”. Diante disso, perante a legislação portuguesa, o credor só pode obter um suplemento indenizatório que se destine a repará-lo do prejuízo efetivo, sem poder valer-se de convenção prévia em que tenha se reservado o direito a uma indenização superior²⁸¹.

De qualquer forma, como afirma *LIMA PINHEIRO*, “[m]esmo para quem entenda que o art. 811.º/3 CC não é aplicável, decorre do art.º 812/1 CC que a cláusula pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade.”

No Brasil, de forma semelhante, o citado art. 412 obsta esta função punitiva à cláusula penal, uma vez que o excesso de valor não pode ser exigido. A única exceção à essa regra é a hipótese de perdas e danos complementares. Isso porque, nos termos do parágrafo único do artigo 416 do CC²⁸², se o credor entender que seu prejuízo supera o valor da multa prevista na cláusula penal, somente poderá cobrar o excesso se o contrato assim o permitir expressamente e, nesse caso, quanto ao valor que sobejar, deve provar o prejuízo, com base no regime geral de perdas e danos²⁸³.

²⁸⁰ Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra., 1990, p. 472

²⁸¹ Ibid., p. 461.

²⁸² “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

²⁸³ Venosa, op. cit., 2008, p. 333.

Também no sistema brasileiro, conforme o art. 413 do Código Civil, a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. A norma disposta neste artigo é de ordem pública e, portanto, qualquer cláusula de renúncia é nula²⁸⁴.

A última das três funções que pode exercer a cláusula penal é a de *limitar a eventual responsabilidade ao montante fixado*. Diversos são os sistemas jurídicos que reconhecem esta função da cláusula penal, atentando-se aos limites estabelecidos por estes sistemas às cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade.

Nesta esteira, o art. 811º/2 do CC português dispõe que o estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indenização pelo dano excedente, salvo estipulação em contrário. A tendência perante o Direito português é de que se aceite a validade das cláusulas limitativas de responsabilidade, desde que não sejam contrárias à ordem pública e que não levem a fixação de indenizações irrisórias e não abranjam casos de dolo ou negligência grosseira²⁸⁵.

Por outro lado, as cláusulas de exclusão de responsabilidade são nulas perante o sistema jurídico português, designadamente por força do art. 809º/CC. Assim, a cláusula penal não será válida se for fixada uma indenização irrisória que equivalha, no final das contas, a uma cláusula de exoneração de responsabilidade.

No caso brasileiro, nada impede, nos termos do supra citado art. 416, que as partes estabeleçam um limite para o *plus* indenizatório, imperando também a autonomia da vontade perante este sistema jurídico.

Já no que se refere à cláusula de exclusão de responsabilidade, também chamada de *cláusula de não indenizar* ou *cláusula de irresponsabilidade*, não obstante existam vedações pontuais quanto a sua utilização, perante o ordenamento jurídico

²⁸⁴ Cf. Enunciado 355 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça. Neste sentido a jurisprudência: “DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. A NORMA DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL É DE ORDEM PÚBLICA, SENDO POSSÍVEL DE ALEGAÇÃO EM SEDE RECURSAL, AINDA QUE NÃO SUSCITADA NA INSTÂNCIA A QUO. PRELIMINAR REJEITADA.. A MULTA PREVISTA NO CONTRATO LOCATÍCIO PARA O CASO DE DESOCUPAÇÃO ANTECIPADA DO IMÓVEL, HÁ QUE SER REDUZIDA A VALOR CONDIZENTE À PROPORCIONALIDADE DO ADIMPLEMENTO DO AJUSTE, POIS, DE RESTO, AFIGURA-SE INJUSTO IMPOR AO LOCATÁRIO A PENALIDADE INTEGRAL, QUANDO CUMPRIU PARTE DA OBRIGAÇÃO. 3. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (151179220108070007 DF 0015117-92.2010.807.0007, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 23/02/2011, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 10/03/2011, DJ-e Pág. 113)

²⁸⁵ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 249.

brasileiro não há uma regra geral que proíba a sua utilização²⁸⁶. Diante disso, a jurisprudência dos tribunais brasileiros vem assentando entendimento no sentido de considerar válida a cláusula de não indenizar desde que presentes os requisitos para a formação do negócio jurídico, como capacidade das partes, livre manifestação de vontade, objeto lícito e possível e forma prescrita e não defesa em lei²⁸⁷. O consentimento deve ser bilateral, ou seja, ambas as partes devem aceitá-la, além de ser observado se a convenção está de acordo com a ordem pública e os bons costumes. Para além disso, a cláusula de não indenizar não pode, em hipótese alguma, eximir a conduta dolosa. No entender do renomado doutrinador *SÍLVIO RODRIGUES*,

“[s]eria da maior imoralidade admitir-se a idéia de alguém fugir à responsabilidade pelo inadimplemento da avença, por sua deliberada e exclusiva decisão. Alias, na hipótese, a cláusula seria ineficaz em virtude do disposto no art. 122 do Código Civil, que veda as condições potestativas.”²⁸⁸

É válida ainda a menção à diferenciação que existe, perante o Direito brasileiro, diferenciação entre cláusula penal moratória e compensatória. Neste sentido, o art. 409 do CC estabelece que a “cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.” A diferença entre estas duas modalidades tem fundamento no núcleo de direitos a que cada uma se refere: enquanto a compensatória se destina a evitar o inadimplemento integral da obrigação, a moratória dirige-se ao resguardo do cumprimento de uma cláusula ou ao fiel cumprimento da obrigação, quanto à forma, ao lugar e, principalmente, ao tempo estipulados.

²⁸⁶ O Código de Defesa do Consumidor afasta a sua incidência nos arts. 24, 25 e 51, inciso I, este último considerando-a abusiva quando pretende impossibilitar, exonerar ou atenuar a responsabilidade civil do fornecedor por vícios de qualquer natureza, incluídos os acidentes de consumo e vícios redibitórios. Nos contratos de transporte ela também não é válida, inclusive com jurisprudência consolidada neste sentido, com a edição da Súmula 161 do STF. Nos contratos de serviços médicos também não é aceita, eis que eles versam sobre questões de ordem pública.

²⁸⁷ Neste sentido, ver as seguintes decisões: Acórdão em Apelação, de 26/06/1990, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, APL 1808 RJ 1990.001.01808, Relator Desembargador Cláudio Lima; Acórdão em Apelação, de 10/12/2003, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2.0000.00.412815-0/000 (1), Relator Desembargador Saldanha da Fonseca; Acórdão em Apelação, de 11/08/2005, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2.0000.00.500686-0/000 (1), Relator Desembargador Irmair Ferreira Campos; Acórdão em Apelação, de 02/10/1995, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, AC 3602595 DF, Relatora Desembargadora Carmelita Brasil.

²⁸⁸ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, v. 4. Responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

Pode-se dizer que tal diferenciação assume grande relevância prática, já que os efeitos atinentes a cada uma das modalidades são diferentes: enquanto a compensatória age na falta de cumprimento da obrigação principal, como alternativa por escolha do credor a partir do inadimplemento, a moratória não substitui o direito à execução da obrigação principal, mas é exigível conjuntamente com este.

Veja-se, neste sentido, a decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul em caso envolvendo um contrato de construção:

“Hipótese clara de aplicação de cláusula penal, por não concluída construção no prazo estabelecido contratualmente. Ausência de prova da empresa construtora de que a demora resultasse de alterações nos planos da obra por iniciativa da parte autora da demanda. 2. O recebimento do bem não faz desaparecer os efeitos da mora, pois pode ser cumulativa a cláusula penal com a exigência de execução do contrato, quando aquela é prevista para a simples mora (e não para a inexecução do contrato). 3. Cláusula penal que não ultrapassa os limites do art. 920 do CC (*atual art. 412 CC*)”
(Ap.Cível nº 191008242 – Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Rel. Juiz Sérgio Gischkow Pereira – Terceira Câmara Cível – DJ 05.06.91)

Nos contratos de engenharia, é de praxe a inserção de cláusulas que determinem o pagamento de um montante pré-fixado em caso de descumprimento de uma obrigação contratual. Estas cláusulas estão normalmente relacionadas ao descumprimento de prazos, estipulando uma indenização em favor do cliente caso a sociedade de engenharia não conclua as obras até a data avençada pelas partes ou dentro de um período de tempo estipulado no contrato.

A inclusão de cláusulas penais desta natureza tem vantagens para ambas as partes. Do ponto de vista da sociedade de engenharia, tais cláusulas são normalmente consideradas como uma limitação da responsabilidade por atraso, permitindo que a sociedade de engenharia compreenda e avalie melhor a extensão do seu risco na conclusão final do projeto. Do ponto de vista do cliente, estas cláusulas tem o condão de garantir um direito contratual de compensação, tornando desnecessário para o cliente acionar os meios de resolução de litígios previstos no contrato para solucionar o problema²⁸⁹.

²⁸⁹ Huse, op. cit., p. 291.

O *Silver Book* da FIDIC estabelece, na sub-cláusula 8.7, que o valor da indenização será aquele estabelecido nas Condições Particulares do contrato, incidindo diariamente, a partir da data de conclusão da obra prevista em contrato até a data em que as obras são efetivamente concluídas. No entanto, o valor total da indenização não poderá exceder o montante máximo previsto no contrato.

O artigo 37.2 do *ICC Model Turney Contract for Major Projects* traz previsão muito semelhante à da FIDIC nesse aspecto, divergindo apenas no que diz respeito à incidência da multa: enquanto do modelo contratual da FIDIC a indenização incidirá por dia de atraso, no modelo da CCI a indenização será calculada por semana de atraso.

De qualquer forma, feitas as devidas considerações, deve-se ter em conta que a validade e a eficácia da cláusula penal, em princípio, dependerá do Direito aplicável ao contrato. Porém, é possível considerar a cláusula penal como parte separável do contrato, podendo, desta forma, ser submetida a um Direito diferente²⁹⁰.

Quando o Direito aplicável ao contrato ou a cláusula penal em particular não lhe reconhecer uma função limitativa da responsabilidade, as partes, caso desejem atribuir tal função à cláusula, deverão estipular expressamente que o credor não poderá exigir o dano excedente.

Por outro lado, caso seja da vontade das partes que a cláusula realize, cumulativamente, a função indenizatória, punitiva e limitativa de responsabilidade, deverão elas proceder à escolha do Direito aplicável de forma muito cuidadosa, optando por um Direito que não obste a finalidade da cláusula na forma pretendida pelas partes.

É conveniente ainda que a cláusula indique expressamente o modo de liquidação da penalidade, ou seja, se o pagamento será em dinheiro, em compensação de dívidas ou ainda através de execução de garantia bancária²⁹¹.

²⁹⁰ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 250.

²⁹¹ Id.

19. NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS “CHAVE NA MÃO”

19.1 Distinção de Outras Modalidades Contratuais

Quanto da delimitação conceitual dos contratos “chave na mão”, já procedemos à diferenciação destes quanto a contratos semelhantes, como os *BOT*, os *Design and Built* e os contratos “produto na mão” e “mercado na mão”.

Neste momento, nos importará a distinção destes em relação a figuras contratuais mais tradicionais e que, perante a maioria dos ordenamentos jurídicos, são também legalmente típicas. Busca-se, assim, em um primeiro momento, uma delimitação negativa destes contratos, para que depois possamos nos ater à sua qualificação e classificação.

Para tanto, de início, pode-se dizer que os contratos “chave na mão” não podem ser reconduzidos aos contratos de compra e venda.

Nos termos do art. 481 do Código Civil brasileiro, o contrato de compra e venda é definido como o contrato pelo qual um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Já o Código Civil português, em seu art. 874º, define a compra e venda como o “contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço”.

Ainda que a execução de um contrato “chave na mão” importe na aquisição de múltiplos materiais e equipamentos indispensáveis ou úteis a realização do complexo industrial, ele não será, em si, um contrato de compra e venda. As suas prestações vão muito além da transmissão da propriedade de uma coisa mediante o pagamento de um preço. Envolvem ainda a projeção da instalação, a sua construção, a garantia de aptidão de funcionamento, transmissão de *know-how*, treinamento de pessoal, entre outras. Resta claro, portanto, que o conteúdo destes contratos excede e muito o conteúdo próprio dos contratos de compra e venda.

Também não serão equiparáveis os contratos “chave na mão” com os contratos de trabalho. Não há, obviamente, qualquer relação de subordinação perante aqueles contratos, diferentemente do que ocorre com os contratos de trabalho, os quais se caracterizam como uma relação regida pelo Direito do Trabalho, com seus princípios e regras próprios. Outro fator de diferenciação entre estes dois contratos é o seu objeto. Enquanto nos contratos chave na mão há uma obrigação de resultado, nos contratos de trabalho há obrigação principal é a própria atividade prestada pelo trabalhador.

Os contratos “chave na mão” também se diferenciam dos contratos de mandato. O contrato de mandato é aquele pelo qual alguém (mandatário ou procurador) recebe de outrem (mandante) poderes para que, em seu nome, possa praticar atos ou administrar interesses. Trata-se de uma representação convencional, através da qual o outorgado pratica atos que dão origem a direitos e obrigações que irão repercutir na esfera jurídica do outorgante²⁹². Nos contratos “chave na mão”, a sociedade de engenharia não pratica atos jurídicos em nome do cliente, mas sim se responsabiliza pela realização técnica e material da instalação. Da mesma forma, os atos jurídicos celebrados pela sociedade de engenharia ao longo da execução do projeto serão em seu próprio nome e não em nome do cliente, o que impossibilita por completo a identificação entre os dois contratos.

Os contratos “chave na mão” distinguem-se ainda dos contratos de consórcio. É perfeitamente possível (e até comum) que diferentes sociedades de engenharia celebrem entre si um contrato de consórcio com o objetivo de contratar, em conjunto, uma sociedade de engenharia para a realização de uma instalação industrial. No entanto, em nenhum momento um contrato irá se confundir com o outro. O contrato “chave na mão”, em uma de suas classificações, é bilateral (ou sinalagmático) e, portanto, as obrigações das partes se encontram em uma relação de corresponsabilidade e interdependência, existindo entre elas um nexos que significa que a obrigação de cada uma das partes constitui a razão de ser da outra²⁹³. Nos contratos de consórcio não há tal contraposição das obrigações, enquanto as prestações das partes concorrem para um objetivo em comum²⁹⁴, o que evidencia a distinção.

Nesta mesma esteira, o contrato de sociedade também não pode ser comparado ao contrato “chave na mão”. Assim como os contratos de consórcio, os contratos de sociedade são plurilaterais ou de cooperação, caracterizados por uma reunião de esforços em busca de um objetivo em comum. Nas palavras de WALD, “a característica básica da sociedade é a comunhão de interesses, a colimação de um fim idêntico, a *affectio societatis*”²⁹⁵. Sendo assim, novamente resta ausente a contraposição de obrigações que é inerente aos contratos “chave na mão”. A par disso, vale mencionar que, em conformidade com o entendimento de MENEZES CORDEIRO²⁹⁶, os contratos

²⁹² Cf. Diniz, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos – volume 3*, 6ª ed., Saraiva: São Paulo, p. 333.

²⁹³ Almeida Costa, op. cit. p., 325.

²⁹⁴ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 180.

²⁹⁵ Wald, op. cit., p. 583.

²⁹⁶ Cordeiro, Antonio Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. I: Das Sociedades em Geral, Almedina: Coimbra, 2004, p. 346.

aqui visados poderiam remetidos à categoria de *contratos de organização*, tendo em vista que visam “congregar esforços de vários interessados com vista à obtenção de resultados ou à prossecução de fins comuns.”

Os contratos “chave na mão” não são meros contratos de empreitada, uma vez que suas prestações características vão além daquelas previstas nestes últimos. Ao contrário do que acontece nos contratos de empreitada, as obrigações do “empreiteiro” nos contratos “chave na mão” não terminam com a realização da obra, mas incluem ainda a garantia da aptidão funcional da unidade industrial e, possivelmente, a transferência de tecnologia e a prestação de serviços²⁹⁷. Da mesma forma, não podem também ser confundidos com os contratos de venda de unidades industriais, uma vez que nestes últimos não se incluem a realização da obra, a garantia da aptidão funcional e muito menos a prestação de serviços e a transferência de tecnologia.

É preciso também diferenciar o contrato “chave na mão” dos contratos de assistência técnica e de transferência de tecnologia e de *know-how*. Nestes últimos, a empresa que transmite os conhecimentos não se vincula contratualmente a colocá-los em prática, ao contrário do primeiro, no qual a implementação do conhecimento transmitido é previsto em contrato, tendo em vista o efetivo funcionamento da instalação²⁹⁸. Não obstante, a transmissão deste conhecimento, independente da forma que este assumir, representa apenas parte do conteúdo obrigacional dos contratos “chave na mão”.

19.2 Qualificação

Em primeiro lugar, conforme já afirmado oportunamente, os contratos “chave na mão” são atípicos e inominados.

Impera como regra geral, no contexto dos contratos, a autonomia da vontade, valendo-se as partes do instrumento contratual para atingir determinados objetivos ou para suprir certas necessidades. Quando a avença contratual for daquelas descritas e especificadas em lei, estaremos diante de um contrato dito *típico*. Por outro lado, se a avença contratual não corresponde àquelas descritas ou especificadas em lei, se apresentará como *atípica*.

²⁹⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 40.

²⁹⁸ Cf. Diniz, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos – volume 4*, 6ª ed., Saraiva: São Paulo, p. 102.

Como vimos, não há na lei, ao menos perante os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, assim como a maioria das ordens jurídicas, um modelo completo da disciplina típica dos contratos “chave na mão”. Sendo assim, por não existir na legislação regramento próprio, estes contratos são legalmente atípicos. São, ao mesmo tempo, *inominados*, pelo fato da lei não lhes oferecer um *nomem iuris* específico.

Isso não impede, no entanto, que os contratos “chave na mão” possuam uma tipicidade social. Para que possa ser tido como socialmente típico, um contrato deverá ter, na prática ou nos usos, um modelo de disciplina ao menos tendencialmente completo²⁹⁹. A sua reiterada utilização na prática negocial, bem como os contratos-tipo e as cláusulas gerais elaboradas por organizações profissionais e internacionais, permitem uma individualização do conteúdo destes contratos, a ponto de nos parecer possível lhe atribuir tal tipicidade social³⁰⁰.

O conteúdo dos contratos atípicos decorre, quanto à forma, da estipulação das partes e, quanto à substância, à autoregulação contratada. Para GALVÃO TELES³⁰¹, na perspectiva do Código Civil português “os contratos *inominados*, uma vez que não possuem estatuto legal específico, têm de se reger pelas disposições aplicáveis aos contratos em geral e, se necessário, pelas disposições (não excepcionais) dos contratos *nominados* com que apresentem mais fortes analogias”.

Que os contratos “chave na mão” são legalmente atípicos não há grandes discussões. Não há também dúvidas quanto ao seu caráter complexo. Não obstante, a atipicidade e a complexidade características destes contratos dão lugar a um debate doutrinário a respeito da sua natureza jurídica³⁰². Se observarmos, neste contexto, três posicionamentos teóricos diferenciados na doutrina: o da *qualificação múltipla*, o da *qualificação única* ou *global* e o da *qualificação autônoma*.

Conforme a teoria da *qualificação múltipla* ou *mista*, a natureza jurídica dos contratos “chave na mão” se basearia na natureza jurídica de cada um dos seus elementos constitutivos, que corresponderiam a elementos presentes em contratos de compra e venda, de empreitada, de prestação de serviços, entre outros.

²⁹⁹ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 211.

³⁰⁰ Venosa (op. cit. 2008, p., 380) afirma que estas manifestações contratuais serão tanto mais profusas quanto o desenvolvimento da economia e dá os seguintes exemplos de contratos socialmente atípicos: *leasing*, *factoring* e *franchising*. Ao nosso ver, os contratos “chave na mão” certamente poderiam ser incluídos este rol, assim como os contratos de *joint venture* e de *Know-how*.

³⁰¹ Teles, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 6º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p.68.

³⁰² Cf. Hernández Rodrigues, op. cit. p. 1763.

Em conformidade com esta doutrina, *GOMES* entende que os contratos de “*engineering*”, dos quais o contrato chave na mão é uma espécie, além de atípicos, são também mistos, uma vez que resultariam da “justaposição de prestações características de vários contratos típicos”³⁰³.

Desta forma, o regime jurídico dos contratos “chave na mão” seria então obtido mediante a combinação das distintas normas que regulam cada uma das suas diferentes prestações.

No entanto, para que seja *misto*, um contrato deverá reunir elementos de dois ou mais negócios total ou parcialmente regulados em lei. Ou seja, as diferentes prestações que se combinam deverão estar compreendidas em espécies típicas diretamente reguladas em lei³⁰⁴.

Não nos parece, contudo, que todas as prestações envolvidas em um “contrato chave na mão” advenham de contratos legalmente típicos. A transferência de *know-how*, por exemplo, que se inclui entre as prestações dos contratos “chave na mão”, não possui conexão com um tipo legal específico, pelo que não se poderia classificar aqueles contratos como *mistos*. Para além disso, *HERNANDÉZ RODRIGUES*³⁰⁵ cita outros três argumentos que contribuem para que esta teoria se mostre superada. Em primeiro lugar, a teoria da *qualificação múltipla* suscita grande dificuldade na determinação do direito aplicável ao contrato em seu conjunto. Em segundo lugar, tem-se que o objeto dos contratos “chave na mão”, ainda que seja de caráter complexo e global, não deixa de ser único. Em terceiro, a teoria em causa deixa em segundo plano a vontade das partes, a qual desempenha papel determinante tanto na interpretação quanto na regulamentação dos contratos atípicos.

Por sua vez, a teoria da *qualificação global* pretende que a natureza jurídica dos contratos “chave na mão” seja determinada a partir da identificação, dentre todas as prestações que os integram, daquela mais importante ou relevante, com o objetivo de que o regime jurídico referente a esta prestação seja aplicado a totalidade do contrato. No entanto, não existe uma unanimidade a respeito de qual prestação seria a mais importante na execução destes contratos, assim como não seria fácil estabelecer uma relação de hierarquia entre elas.

³⁰³ Gomes, op. cit., p. 468.

³⁰⁴ Varela, Antunes, op. cit, p. 223.

³⁰⁵ Hernández Rodrigues, op. cit. p. 1764.

A adoção desta teoria resultaria numa elevada subjetividade na interpretação do contrato, que ao invés de diminuir as incertezas a seu respeito, contribuiriam para aumentá-las. Além disso, tenderia a dar aos contratos “chave na mão” uma natureza jurídica variável, conforme o momento da vida do contrato que é considerado.

De forma geral, a teoria da *qualificação global* peca por não se ater precisamente à finalidade dos contratos “chave na mão”, que é a de conferir unidade jurídica a uma operação econômica complexa como é a concepção, construção e colocação em funcionamento de uma unidade industrial. Se é verdade que do ponto de vista funcional estes contratos podem se dividir em diferentes categorias jurídicas, do ponto de vista da sua natureza jurídica os contratos “chave na mão” constituem um ATP jurídico único que não admite fracionamento, em respeito a sua finalidade e essência própria³⁰⁶.

A terceira teoria proposta é a da *qualificação autônoma*. Segundo ela, os contratos “chave na mão” escapam de qualquer qualificação jurídica tradicional. Apesar de combinarem elementos de diversos contratos típicos, estes contratos reúnem características e um regime jurídico próprio, que foi desenvolvido ao longo do tempo no âmbito do comércio internacional segundo as necessidades dos seus operadores.

As diferentes prestações que integram estes contratos formam parte de uma única obrigação global de resultado que refletem a vontade das partes em conferir unidade jurídica a uma operação econômica complexa.

Há que se terem conta também, conforme já aduzido anteriormente, que o poder autonormativo dos particulares exerce tem papel decisivo na formação do conteúdo destes contratos. A elaboração de contratos-tipo e de condições gerais de contratação por parte de associações profissionais e organismos internacionais, assim como o recurso constante à arbitragem internacional, favorece a uniformização jurídica dos contratos “chave na mão” no âmbito do comércio internacional. Trata-se, portanto, de uma manifestação do Direito autônomo do comércio internacional, o qual, juntamente com o Direito uniforme, tem grande influência na unificação do Direito comercial internacional em geral³⁰⁷.

É a partir desta última perspectiva, levando-se conta o contexto em que surgem e no qual se desenvolvem, que os contratos “chave na mão” devem ser considerados.

³⁰⁶ Hernández Rodrigues, op. cit. p. 1765 APUD Rémy, J.P., *Remarques sur Le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles*, Recueil Dalloz Sirey, 1985, p. 41.

³⁰⁷ Ibid., p. 1766.

Isso nos leva a concordar com o entendimento de *SANTOS JÚNIOR*, segundo o qual o contrato de engenharia global é revestido de individualidade própria, que “lhe advém de uma tipicidade sócio-jurídica, que brota de uma modernidade tecnológica, que resulta da complexidade do seu objecto, que se expressa na particularidade de certas de suas cláusulas”³⁰⁸. O contrato “chave na mão” é portanto, ainda em confluência com o pensamento do referido autor, um contrato *sui generis*, com características próprias, resultantes da autonomia de vontade de que dispõem as partes que o integram.

19.3 Classificação

Especificamente quanto a sua classificação, os contratos “chave na mão” são contratos bilaterais, onerosos, comutativos, consensuais, não formal, principais, pessoais e de execução continuada.

A classificação de um contrato como bilateral não se refere ao número de contratantes e sim à carga de obrigações das partes no negócio jurídico. Os contratos ditos bilaterais são aqueles atribuem obrigações a ambas as partes ou para todas as partes que nele intervêm³⁰⁹. Assim são os contratos “chave na mão”, uma vez que geram obrigações tanto para o cliente quanto para a sociedade de engenharia.

Não há que se confundir a distinção entre bilaterais e unilaterais com a classificação dos contratos em gratuitos e onerosos. Tratam-se de classificações distintas, na medida em que a primeira faz referência à estrutura jurídica do contrato, baseada no ajuste psicológico-jurídico que se estabelece entre as obrigações que dão corpo a este contrato, enquanto a segunda refere-se à sua função econômica, aplicando-se simplesmente às atribuições patrimoniais³¹⁰. Diante disto, os contratos “chave na mão” serão, além de bilaterais, onerosos, tendo em vista que há neles uma transmissão de certos direitos, serviços ou vantagens de uma parte à outra, mediante uma determinada compensação financeira³¹¹.

Sendo oneroso, um contrato poderá ser comutativo ou aleatório³¹². É comutativo o contrato no qual há certeza e equilíbrio entre as prestações desde o momento da

³⁰⁸ Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 183.

³⁰⁹ Venosa, op. cit., 2008, p. 361.

³¹⁰ Varela, op. cit., p. 415. Segundo o autor, a primeira distinção ainda é muito associada à segunda pela doutrina. O autor ainda faz referência ao Código Civil português de 1867, que, em seu artigo 642º, confundia uma com a outra.

³¹¹ Wald, Arnold, *Obrigações e Contratos*, 16ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, p. 231.

³¹² Para Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, III, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68), a classificação de contratos entre comutativos e aleatórios se trata de uma sub-divisão dos

celebração do contrato. Já nos contratos aleatórios, o conteúdo da prestação de ao menos umas das partes é desconhecido quando da celebração do mesmo. O efetivo conhecimento do conteúdo da prestação somente será conhecido no curso do contrato ou ainda quando ocorrer o cumprimento da prestação.

Nos contratos “chave na mão”, as partes têm, de plano, conhecimento do conteúdo e da extensão das prestações de cada uma, havendo, desde logo, equivalência entre elas. Não há nestes contratos, qualquer dependência com relação a eventos futuros e incertos, sendo indiscutível a sua comutatividade.

Quanto a determinação do exato momento de sua formação, um contrato poderá ser consensual ou real. São reais os contratos que só se aperfeiçoam com a entrega da coisa que constitui o seu objeto³¹³. Nestes contratos, o mero consentimento das partes é insuficiente para sua formação. Em oposição, os contratos “chave na mão” se aperfeiçoam pelo mero consentimento, consubstanciado na vontade contratual das partes, pelo que são classificados também como consensuais.

Geralmente, a complexidade técnica dos contratos “chave na mão” exige que os mesmos assumam a forma escrita. No entanto, não há qualquer predeterminação legal quanto a sua forma, bem como sua validade não depende de uma forma pré-estabelecida legalmente, o que o torna um contrato não formal.

Em seguida, de acordo com a classificação apresentada, os contratos “chave na mão” são também principais e pessoais. Principal (e não acessório) porque sua validade e eficácia não dependem da celebração de qualquer outro contrato. Já o aspecto pessoal possui conexão com a elevada qualificação técnica exigida por parte do cliente em relação à sociedade de engenharia, o que limita sobremaneira o leque de opções do primeiro. Nesta esteira, a pessoalidade revela-se na confiança depositada pelo contratante na parte contratada tendo em vista a execução de uma obra complexa. Assim, os riscos na execução de uma obra de tal porte são, ao menos em tese, mitigados quando feita uma escolha cuidadosa do contratado. Não obstante, o aspecto pessoal não afasta a possibilidade da parte contratada realizar a subcontratação de terceiros. Isso decorre, em parte, da confiança do contratante na capacidade do contratado de garantir a boa execução do projeto por meio da especialização de determinadas prestações, designadamente por meio de sub-contratações.

contratos onerosos. No entanto, seguimos aqui o entendimento de Venosa (op. cit., p. 397), Gomes (op. cit. p., 83) e Almeida Costa (op. cit. p., 335) no sentido de que trata-se, na verdade, de uma sub-divisão dos contratos onerosos.

³¹³ Venosa, op .cit., 2008, p. 407.

Os contratos “chave na mão” são também, em última análise, contratos de *execução continuada*, pelo fato da sua execução perdurar no tempo³¹⁴.

³¹⁴ Em sentido contrário, Pedro de Albuquerque e Miguel Assis Raimundo (*Direito das Obrigações : Contratos em Especial, Vol II, Contrato de Empreitada*, Almedina: Coimbra, 2012, p. 236/237) entendem que nos verdadeiros contratos de execução continuada a utilidade do contrato é proporcional à duração do mesmo. Sendo assim, para os autores, os contratos de empreitada são na verdade contratos de execução instantânea, mas prolongada, dado que a realização da obra poderá se prolongar no tempo, mas isso não é relevante para determinar o conteúdo da obrigação, constituindo apenas um prazo de execução da prestação.

III. MODOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS E DIREITO APLICÁVEL

20. O QUE HÁ DE ESPECIAL NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NOS CONTRATOS “CHAVE NA MÃO”?

Ao tratarmos da questão da resolução de litígios no campo dos contratos que aqui temos estudado, a primeira indagação que surge é a de quais são as particularidades assumidas pelo tema no contexto destes contratos que justificam um estudo específico a seu respeito.

Em primeiro lugar, os litígios surgidos no âmbito dos contratos de engenharia possuem, frequentemente, grande complexidade técnica, requerendo, portanto, estudos e investigações aprofundados que irão exigir uma gestão eficiente dos procedimentos de resolução de litígios³¹⁵.

Em segundo lugar, invariavelmente um litígio surgido durante o curso de um contrato de engenharia necessitará de uma solução rápida, capaz de permitir o progresso dos trabalhos sem paralizações extensas das obras, o que fatalmente significaria grande acréscimo nos custos. É de interesse de todas as partes envolvidas que os prazos para conclusão da obra previstos no contrato sejam cumpridos ou, se não for possível, que isso ocorra com a maior brevidade possível. Neste sentido, um procedimento arbitral ou um processo perante o judiciário Estadual que levem tempo em demasia para decidir questões necessárias para a conclusão das obras, como aquelas referentes à aspectos técnicos que devam ser corrigidos, podem não se mostrar práticos e eficientes para a condução dos litígios neste campo.

Outro fator inerente aos litígios surgidos neste contexto é o envolvimento de várias partes. O fato de um contrato “chave na mão” envolver essencialmente apenas duas partes não o afasta desta realidade. Isso porque, mesmo quando o método “chave na mão” é adotado, com a sociedade de engenharia assumindo uma responsabilidade polarizada de concepção, construção e colocação em funcionamento da instalação industrial, haverá subcontratados e fornecedores envolvidos sob o manto do contrato principal.

³¹⁵ Jenkins/Stebbing, op. cit., p. 7.

Da mesma forma, o uso de métodos de financiamento em projetos internacionais, como o “*project finance*”³¹⁶, adicionam maior grau de complexidade à questão, uma vez que os interesses das instituições financiadores, assim como de concessionários de crédito, devem ser levados em conta durante todo o procedimento de resolução de disputas.

Outra questão a ser considerada é a de que estes contratos irão envolver partes de jurisdições distintas, com diferentes bases culturais e certamente com bases jurídicas também distintas. Isso irá fazer com que as partes criem expectativas desiguais com relação ao projeto em pauta, tanto no que se refere aos efeitos dos seus direitos substantivos regulados no contrato quanto ao próprio tratamento que será dado às disputas quando estas venham a surgir³¹⁷. Estes são aspectos comuns à totalidade dos contratos comerciais internacionais, que se traduzem em incertezas em relação principalmente à atuação de tribunais Estaduais sobre os conflitos.

Outro fator que deve ser levado em consideração no âmbito da resolução de litígios em contratos internacionais “chave na mão” é a influência do uso extremamente difundido dos modelos contratuais. Como já afirmado anteriormente, os modelos contratuais são utilizados há muitos anos no campo dos contratos internacionais de engenharia. Inclusive, por serem constantemente alvos de controvérsias entre as partes, algumas provisões contidas nestes modelos já possuem noções sedimentadas perante os tribunais de alguns países. Da mesma forma, as decisões arbitrais, ainda que não formem um precedente vinculativo, podem providenciar um guia útil para interpretação destas cláusulas contidas nos modelos-contratuais.

De forma geral, pode-se dizer que os fatores acima destacados, assim como outros que ainda serão abordados, fornecem elementos que necessariamente devem ser levados em conta quando da decisão a respeito do modo de resolução de litígios que irá constar em um contrato internacional “chave na mão”. Eles demonstram, acima de tudo, por qual razão os litígios surgidos nestes contratos justificam e até requerem um tratamento diferenciado em relação aos litígios surgidos em outros setores do comércio internacional.

Assim, dentro da proposta do presente trabalho, iremos abordar de que forma os mais tradicionais meios de resolução de disputas se apresentam e se adéquam ao campo dos contratos internacionais “chave na mão”, assim como iremos analisar outros meios

³¹⁶ Quanto aos métodos de financiamento, ver tópico 7., supra.

³¹⁷ Jenkins/Stebbing, op. cit. p. 8.

que se demonstrem eficazes para a solução de litígios emergentes destes contratos. Da mesma forma, no desenvolvimento deste capítulo, abordaremos ainda a questão da lei aplicável ao contrato diante dos sistemas jurídicos que nos propusemos a estudar, destacando as diferenças resultantes na escolha da lei aplicável conforme o método de resolução de litígios em questão, tendo em vista que da definição da jurisdição competente para a resolução de litígios resultam diferentes critérios para a determinação do Direito aplicável.

Nesta esteira, iremos estudar aqueles métodos que nos parecem ser mais relevantes no cenário dos contratos que são objeto deste estudo, começando pela litigação perante os Tribunais Estaduais, passando pela arbitragem, mediação e terminando com os chamados “*Dispute Review Boards*”.

21. LITIGAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Não há como negar que no campo dos contratos internacionais de engenharia, especialmente aqueles de grande complexidade e que envolvem entidades privadas, a preferência recai sobre a arbitragem como modo de resolução de disputas.

No obstante, não se pode também ignorar a importância do estudo do direito aplicável ao mérito da causa quando o litígio é submetido aos tribunais estaduais, bem como do estudo da competência internacional, ou seja, da determinação do foro competente para julgar o litígio de acordo com a legislação vigente perante os sistemas jurídicos aqui considerados.

Tal estudo se torna relevante se considerarmos o fato de que a litigação perante os tribunais estaduais, ainda que não seja atualmente o método preferido dos operadores do comércio internacional, configura o método clássico de resolução de disputas que envolvam elementos pluri-localizados. Além disso, na ausência de uma cláusula arbitral ou de um compromisso arbitral, fatalmente a disputa será dirigida aos tribunais estaduais, o que, por si só, já justifica o seu estudo.

Sendo assim, dedicaremos às próximas linhas à análise da determinação do foro competente e do Direito aplicável de acordo com as regras de Direito Internacional Privado dos Estados que aqui temos analisado e também da determinação do foro competente de acordo com cada um destes sistemas.

21.1 Competência Internacional

Ao se suscitar uma questão de Direito Internacional Privado, o primeiro problema que se apresenta é o da autoridade competente para o exame e decisão da controvérsia³¹⁸.

A competência internacional de um tribunal ou de um juiz de um Estado é um dos pressupostos básicos que possibilita a aplicação das normas de direito internacional privado, cuja função essencial é a designação do Direito aplicável a uma causa de Direito privado com conexão internacional³¹⁹.

Em âmbito interno, a competência de um tribunal estadual refere-se ao complexo de poderes que lhe são designados para o exercício regular da função jurisdicional. Já em situações que apresentem contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado, coloca-se uma causa uma questão de competência internacional, na qual está em causa a atribuição daquele complexo de poderes aos tribunais de um Estado³²⁰.

As noções de jurisdição e competência, no contexto internacional, suscitam alguma divergência. Neste contexto, nos filiamos aqui ao entendimento de que, na esteira da tradição continental europeia, o conceito de jurisdição possui maior conexão com o Direito Internacional Público. O Estado não é totalmente livre para determinar a extensão da jurisdição em seu território. A relação sobre a qual um Estado reivindica jurisdição há de ter ao menos alguma proximidade ou analogia com ele, ainda que os limites de jurisdição estatal prescritos no Direito Internacional Público não sejam integralmente delimitados pela doutrina. Será, em princípio, contrária ao Direito Internacional Público a competência dos tribunais de um Estado que não apresente suficiente conexão pessoal ou territorial com o litígio, nem resulte da autonomia da vontade das partes ou do critério dos efeitos ou da necessidade.

Ao contrário do que ocorre com o conceito de jurisdição, a competência internacional tem o seu fundamento em normas de Direito interno e/ou de Direito supraestadual. Sendo assim, tais normas de competência irão preocupar-se apenas em determinar em que medida um Estado pretende exercer seu poder de jurisdição dentro

³¹⁸ Espinola, Eduardo e Espínola Filho, Eduardo, *Direito Internacional Privado Brasileiro: Parte Especial*, Livraria Editora Freitas Bastos, São Paulo, 1942, p. 54.

³¹⁹ Rechsteiner, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2003, p. 254.

³²⁰ Pinheiro, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*, 3º vol.: *Competência Internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras*. 2ª ed. refundida, Almedina, Coimbra, 2012 p. 21.

do seu território quando um de seus órgãos jurisdicionais é invocado a julgar uma lide com conexão internacional³²¹. Basicamente, as normas de competência internacional, sejam elas de fonte interna ou supraestadual, estabelecem o alcance da jurisdição nacional em relação a de outros Estados.

As normas de competência internacional podem ser diretas ou indiretas. São diretas as que definem os casos em que os tribunais domésticos são competentes internacionalmente perante um processo com conexão internacional instaurado no próprio país. Já as ditas indiretas, são normas relacionadas às causas com conexão internacional que já tenham sido antes submetidas à apreciação de um juiz ou tribunal estrangeiro e que se colocam perante um tribunal doméstico por ocasião do processo de reconhecimento ou homologação de uma decisão judicial estrangeira. A competência internacional, portanto, pode significar tanto a fração de poder jurisdicional pertencente ao conjunto de tribunais de um Estado para julgar as ações e demais providências de tutela jurisdicional que lhes sejam solicitadas em situações transnacionais (competência direta), quanto ao poder que se reconhece aos tribunais de outros Estados para julgar ações perante eles instauradas, cujo controle se dará em sede de reconhecimento de sentenças estrangeiras, como condição de sua eficácia na ordem interna³²².

Outra diferenciação que se pode destacar é entre critérios gerais e especiais de competência legal. Em geral, os Estados estabelecem, como foro geral no plano internacional, o do domicílio do réu, sendo este o critério geral de competência legal. Já as outras hipóteses previstas em lei e que concorrem com o domicílio do réu, como o lugar de cumprimento da obrigação, por exemplo, se tratam de critérios especiais de competência legal.

Posto isto, dentro da nossa proposta, resta saber qual o foro competente para solução de um litígio emergente de um contrato internacional “chave na mão”. Cumpre-nos, para tanto, analisar os regimes gerais de determinação da competência internacional vigente perante as ordens jurídicas portuguesa e brasileira, a começar pela primeira.

³²¹ Ibid., p. 255.

³²² Cf. Vicente, Dário Moura. *Direito Internacional Privado – Ensaio vol. I*, Almedina, Coimbra, p. 243/244.

21.1.1 Portugal

21.1.1.1 Competência não exclusiva

Na ordem jurídica portuguesa são dois os regimes legais que vigoram em matéria de competência internacional: o regime comunitário e o regime interno. O fato de ser de fonte hierárquica inferior torna o regime interno aplicável somente nos casos não abrangidos pelo âmbito de aplicação do regime comunitário³²³.

O regime comunitário é definido pelo Regulamento (CE) nº 44/2001, de 22/12/2000, Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, o Regulamento Bruxelas I (doravante *Regulamento*). As regras de competência deste Regulamento regulam essencialmente a competência internacional e, portanto, sua aplicação se restringe a litígios emergentes de relações transnacionais, cujo objeto apresente ao menos um elemento de estraneidade juridicamente relevante³²⁴.

No que diz respeito à competência exclusiva, os critérios contidos no Regulamento serão diretamente aplicáveis sempre que o respectivo elemento de conexão apontar para um Estado-membro vinculado pelo Regulamento (art. 22º). Em se tratando de caso de competência legal não exclusiva, a competência internacional dos tribunais dos Estados-membros será regulada pelas regras contidas no Regulamento quando o réu tiver domicílio num Estado-Membro (art. 3º).

Em consequência, o regime interno de competência internacional só será aplicável quando não se verifique umas das hipóteses de competência exclusiva previstas no Regulamento e o réu não tiver domicílio em um Estado-Membro (art. 4º/1).

A regra geral consagrada perante o Regulamento Bruxelas I é a de que a competência recai sobre o tribunal do domicílio do réu. Extrai-se tal afirmação do texto do art. 2º/1 do Regulamento, o qual estabelece que as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado. Todavia, a regra geral do art. 2º/1 é excepcionada pelo art. 3º/1, que admite a hipótese das pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro serem demandadas perante os tribunais de outro Estado-

³²³ Pinheiro, Luís de Lima. *A competência Internacional Exclusiva dos Tribunais Portugueses*, in Estudos de Direito Internacional Privado: Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2005, p. 403.

³²⁴ Ibid., p. 404.

Membro quando se verifique um critério especial de competência previsto no Regulamento. Os critérios especiais de competência concorrem com o critério geral do domicílio do réu, cabendo ao autor a opção pelo ajuizamento da ação no tribunal do domicílio do réu ou no tribunal com competência especial³²⁵.

Diante disso, com base na regra geral do regime europeu em matéria civil e comercial, pode-se dizer que é internacionalmente competente o foro do domicílio do réu para dirimir um litígio emergente de um contrato internacional “chave na mão”. Não obstante, como oportunamente afirmado, os contratos que aqui temos em vista tem como partes pessoas jurídicas e não pessoas físicas, o que nos reclama a necessidade de definir qual o conceito relevante de “domicílio” nestes casos.

O Regulamento Bruxelas I traz uma definição autônoma³²⁶ do domicílio das “pessoas coletivas”, o qual se estabelece por meio de três critérios alternativos: sede estatutária, administração central e estabelecimento principal (art. 60º/1). O critério proposto corresponde à solução adotada pelo art. 54º do Tratado de Funcionamento da União Européia, referente à atribuição de direito de estabelecimento às sociedades dos Estados-Membros. A definição de um conceito autônomo, no entanto, não afasta a necessidade de recurso ao Direito dos Conflitos do Estado do foro quando se trate de questões relativas à validade, nulidade ou dissolução da *pessoa coletiva* que tenha sede num Estado-Membro ou mesmo à validade ou nulidade das decisões dos seus órgãos (art. 22º/2).

Por sua vez, o art. 60º/2 do Regulamento faz considerações específicas em relação ao Reino Unido e à Irlanda. Para evitar confusão em relação ao conceito de

³²⁵ “This freedom of choice was introduced in view of the existence of certain well-defined cases that involved a particularly close relationship between the dispute and the court which may most conveniently be called upon to take cognizance of the matter. The dispute and the court having jurisdiction to entertain shall be linked by an especially close connecting factor” Magnus, Ulrich; Mankowski, Peter, *Brussels I Regulation*, article 5º, 2007, p. 89.

³²⁶ Em geral, ao interpretar o texto do Regulamento Bruxelas I, o TCE/TUE tem mostrado preferência por uma técnica em particular: a *definição autônoma* dos conceitos contidos no Regulamento. Para tanto, os principais *instrumentos interpretativos* aplicados pelo tribunal são os seguintes: a *interpretação sistemática* do Regulamento, de forma que o conjunto de normas do Regulamento resulte em um todo coerente, no qual cada norma conserve seu efeito útil; a *interpretação teleológica* do Regulamento, tendo em vista, sobretudo, os seus objetivos; os *princípios gerais* derivados do conjunto de ordenamentos jurídicos nacionais, atendendo-se à concepções comuns a todos os Estados-Membros ou a maioria deles; e a necessária ligação entre o Regulamento Bruxelas I e o Tratado constitutivo da União Européia (Tratado de Roma), com o qual aquele deve compartilhar princípios, objetivos e noções jurídicas. Esta interpretação autônoma do Regulamento apresenta algumas vantagens como a uniformidade de interpretação e aplicação do Regulamento, a segurança jurídica oferecida aos operadores econômicos resultante de um texto legal único e com interpretação uniforme e ainda o favorecimento do trabalho dos tribunais dos Estados-Membros, os quais contam com boa base jurisprudencial para a interpretação e aplicação do Regulamento. Cf. Caravaca, Alfonso-Luis Calvo; e González, Javier Carrascosa. *Derecho Internacional Privado Volumen I*, Quinta Edición, Editorial Comares, 2004, p. 91 e ss.

“sede”, o qual não possui correspondência perante as ordens jurídicas inglesa e irlandesa, o referido artigo estabelece que perante estes Estados-Membros, a expressão “sede social” equivale a “*registered office*”. Na inexistência deste, aquela expressão equivalerá a “*place of incorporation*” (lugar de constituição) ou, subsidiariamente, o lugar sob cuja lei deu-se a “*formation*”(formação). Por último, o art. 60º/3 dispõe que para “determinar se um «*trust*» tem domicílio no território de um Estado-Membro a cujos tribunais tenha sido submetida a questão, o juiz aplicará as normas do seu direito internacional privado.”

Desta forma, de modo a tornar mais completa a afirmação anteriormente colocada, será competente para solucionar um litígio emergente de um contrato internacional “chave na mão” o foro no qual o réu tem sua sede estatutária, administração central ou estabelecimento principal. Caso haja, com base nos critérios citados, um concurso de competências, haverá que se ater às regras sobre litispendência e conexão estabelecidas nos arts. 27º e 28º do Regulamento³²⁷.

Porém, como já destacado anteriormente, a referida regra do domicílio não é absoluta, havendo casos em que é possível instaurar a ação nos tribunais de Estado-Membro diverso daquele onde o sujeito passivo tenha o seu domicílio ou sede. Tratam-se de competências meramente alternativas, definidas por critérios especiais que não excluem a aplicação da regra geral, mas a complementam. É oportuna, neste sentido, a constatação do Supremo Tribunal de Justiça³²⁸ no sentido de que o foro geral do domicílio do réu é “completado, em termos de especialidade, por alguns foros ditos alternativos em razão de especial conexão entre a jurisdição e o litígio, com vista a facilitar a administração da justiça.”

Os critérios de competência especial são estabelecidos na Seção II do Capítulo II do Regulamento Bruxelas I. Neste contexto, releva para o nosso estudo a norma do art. 5º/1/a, a qual define que, em *matéria contratual*, o critério especial de competência corresponde ao lugar onde a obrigação em questão foi ou deva ser cumprida. A justificativa para esta escolha encontra respaldo no entendimento de que o foro do lugar do cumprimento da obrigação seria aquele mais bem localizado para a condução do processo, além de ser, em regra, o que apresenta conexão mais estreita com o litígio³²⁹.

Entretanto, qual o alcance conceitual dado ao termo “matéria contratual”?

³²⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 102.

³²⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em Recurso de Revista, SJ200506290022197, de 29/06/2005, Relator Salvador da Costa, Processo 05B2219.

³²⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 105.

A análise da jurisprudência do TUE (e também, anteriormente, a do TCE), leva a conclusão de que o conceito de “matéria contratual” deve ser interpretado novamente de forma autónoma. No caso *Reunion européenne*³³⁰, o TCE assinalou o seguinte entendimento:

“Há que referir que, segundo uma jurisprudência constante (v. acórdãos de 22 de Março de 1983, Peters, 34/82, Recueil, p. 987, n.os 9 e 10; de 8 de Março de 1988, Arcado, 9/87, Colect., p. 1539, n.os 10 e 11, e de 17 de Junho de 1992, Handte, C-26/91, Colect., p. I-3967, n.º 10), a noção de «matéria contratual», que consta do artigo 5.º, ponto 1, da convenção, deve ser interpretada de uma forma autónoma, por referência principalmente ao sistema e aos objectivos dessa convenção, com vista a assegurar-lhe uma aplicação uniforme em todos os Estados contratantes; esta noção não pode, portanto, ser entendida como remetendo para a qualificação que a lei nacional aplicável efectua da relação jurídica em causa no órgão jurisdicional nacional.”

Em complemento, o TCE, no mesmo caso, estabeleceu algumas limitações ao termo “matéria contratual”, afirmando que o mesmo não abrange situações “em que não existe nenhum compromisso livremente assumido de uma parte relativamente à outra”. Por outro lado, no caso *Petra Engler*³³¹, o TCE entendeu que a celebração do contrato não é condição necessária para que a questão se coloque como “matéria contratual”, sendo indispensável, no entanto, a identificação de uma obrigação.

³³⁰ *Caso Réunion européenne*, de 27/10/1998, in Colectânea da Jurisprudência 1998 página I-06511.

³³¹ “50. Para determinar se é isso que se verifica no processo principal, importa recordar que da jurisprudência resulta que, por um lado, embora o artigo 5.º, ponto 1, da Convenção de Bruxelas não exija a celebração de um contrato, é, contudo, indispensável a identificação de uma obrigação, para a aplicação desta disposição, dado que a competência do órgão jurisdicional nacional é fixada, em matéria contratual, em função do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida (v. acórdão Tacconi, já referido, n.º 22). Por outro lado, o Tribunal de Justiça tem repetidamente considerado que o conceito de matéria contratual, na acepção da referida disposição, não pode ser entendido como abrangendo uma situação em que não existe nenhum compromisso livremente assumido por uma parte perante a outra (acórdãos de 17 de Junho de 1992, Handte, C-26/91, Colect., p. I-3967, n.º 15; Réunion européenne e o., já referido, n.º 17; Tacconi, já referido, n.º 23; e de 5 de Fevereiro de 2004, Frahuil, C-265/02, ainda não publicado na Colectânea, n.º 24).

51. Consequentemente, a aplicação da regra de competência especial prevista em matéria contratual no referido artigo 5.º, ponto 1, pressupõe a determinação de uma obrigação jurídica livremente assumida por uma pessoa para com outra e que está na origem da acção do demandante.” Acórdão do Tribunal de Justiça, Caso *Petra Engler*, de 20/01/2005, processo C-27/02.

As ações que põem em causa a existência ou a validade do contrato também são abrangidas pelo art. 5º/1. No caso *Effer*³³², o TCE entendeu que a competência jurisdicional fixada no nº 1 do art. 5º do Regulamento compreender a apreciação da existência dos elementos constitutivos do contrato em causa, na medida em que tal apreciação é indispensável para que o tribunal nacional que conhece da demanda possa comprovar sua própria competência em virtude do contrato. Como frisou o TCE, se assim não fosse, as disposições do art. 5º do Regulamento correriam o risco de ficarem desprovidas de efeito jurídico, pois se estaria admitindo ser suficiente a alegação de inexistência do contrato por uma das partes do contrato para impedir a aplicação da regra do citado artigo.

Por outro lado, ações fundadas em responsabilidade pré-contratual não se incluem no âmbito de aplicação do art. 5º/1 quando inexistam compromissos livremente assumidos pelas partes. Em oposição, será considerada como “matéria contratual” a ação de responsabilidade pré-contratual baseada na violação de uma obrigação livremente assumida pelas partes durante as negociações contratuais, não sendo suficiente a mera violação de um dever legal para tanto³³³. Não havendo um acordo voluntário e obrigatório³³⁴ entre as partes, a responsabilidade pré-contratual restará abrangida pelo conceito de “matéria extracontratual”, aplicando-se então os critérios específicos de determinação de competência nesta matéria.

Incluindo-se a questão dentro do âmbito de abrangência de “matéria contratual”, o próximo passo é determinar o lugar onde a obrigação foi ou deva ser cumprida para que se possa localizar o foro competente.

Segundo a jurisprudência do TCE, a obrigação relevante para o estabelecimento da competência é a que serve de base para a demanda. Especificamente, a obrigação primária gerada pelo contrato é a que se mostra de maior relevância e não a obrigação secundária originada pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

³³² Acórdão do Tribunal de Justiça, Caso *Effer*, de 04/01/1982, processo 38/81. Nesta decisão, há menção à sentença no caso *Sanders/Van der Putte*, de 14/12/1977 sobre questão de competência quando o objeto do litígio verse sobre a existência de um contrato de arrendamento.

³³³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17/09/2002, Caso *Tacconi*, C-334/00.

³³⁴ Neste contexto, *MANKOWSKI* destaca a importância da existência de um acordo voluntário e obrigatório para que questões pré-contratuais possam alcançar o status de “matéria contratual” perante o Regulamento: “*The claim is the more contractual if a party is sued due to a commitment stemming from a pre-contract or a (binding) letter of intent or a (binding) memorandum (of understanding) or binding heads of agreement. In this situation a party’s obligation (e.g. to conclude a contract) generates from its own previous consent to do so in the then future. (...) In all these instances the party entered voluntarily in a binding agreement. “Contract” must not be sublimated to “main contract”*”. Ulrich e Mankowski op. cit., p. 109/110 e 116 e ss.

Assim, tendo a ação o intuito de forçar judicialmente o cumprimento de uma obrigação, a competência recairá sobre os tribunais do Estado onde a obrigação deve ser cumprida. Já no caso de ação de indenização por não cumprimento da obrigação, serão competentes os tribunais do Estado onde a obrigação deveria ter sido cumprida³³⁵.

Pelo fato do elemento de conexão utilizado referir-se individualmente a cada das obrigações geradas pelo contrato (e não a este em seu conjunto), poderá haver um fracionamento da competência entre diferentes foros com respeito a um único contrato. É o que pode ocorrer quando o contrato gera obrigações cuja execução tem lugares em países diferentes. Caso a ação se funde em uma pluralidade de obrigações que devem ser executadas em países distintos, haverá que se ater ao lugar da obrigação principal. Já no caso em que se verifique mais de um lugar onde deva ser cumprida a obrigação contratual em causa, dever-se-á estabelecer um lugar único de execução, recorrendo, em princípio, ao critério da conexão mais estreita entre o litígio e o tribunal competente³³⁶.

Quando estiver em causa a rescisão ou a denúncia do contrato, será competente o tribunal do lugar onde deveria ser cumprida a obrigação cujo incumprimento funda a rescisão ou o tribunal do lugar que deveria ser cumprida a obrigação da parte que denuncia o contrato. Para além disso, em caso de obrigação já cumprida, será competente o tribunal do lugar do cumprimento efetivo, ainda que este não seja o lugar onde deveria ter sido cumprida a obrigação, sendo aplicável este critério apenas nos casos em que o credor tenha aceitado, sem oposição, a prestação neste lugar³³⁷.

Visto isso, coloca-se o seguinte questionamento: como identificar o lugar do cumprimento da obrigação para efeitos de determinação da competência internacional com base no art. 5º/1/a ?

O lugar de cumprimento deverá, em princípio, ser designado com base na lei aplicável segundo o Direito de Conflitos do foro. Caso as partes tenham convencionado o lugar de cumprimento, será suficiente que a respectiva cláusula seja válida perante a lei aplicável ao contrato, não sendo necessário preencher todos os requisitos referentes ao pacto de jurisdição³³⁸, os quais serão analisados no próximo tópico.

³³⁵ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 107.

³³⁶ Ibid., p. 108.

³³⁷ Id.

³³⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17/01/1980, caso *Zelger*, C-56/79. Segue o trecho específico da decisão: “5. Consequently, if the parties to the contract are permitted by the law applicable to the contract, subject to any conditions imposed by that law, to specify the place of performance of an obligation without satisfying any special condition of form, an agreement on the place of performance of the obligation is sufficient to found jurisdiction in that place within the meaning of article 5 (1) of the convention .”

Não obstante, no tocante a duas categorias contratuais em específico, o Regulamento instituiu uma definição autônoma do lugar do cumprimento da obrigação contratual. O art. 5º/1/b estabelece que “para efeitos da presente disposição e salvo convenção em contrário, o lugar de cumprimento da obrigação em questão será:

— no caso da venda de bens, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues,

— no caso da prestação de serviços, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados.”

A rigor, como bem leciona *LIMA PINHEIRO*³³⁹, não se trata efetivamente de uma “definição autônoma” de lugar de cumprimento, mas sim de estabelecer que só é relevante, em cada caso, o lugar em que foi ou deva ser efetuada a prestação característica do contrato³⁴⁰.

Neste sentido, para o contrato de venda de bens, será relevante o local de cumprimento de entrega, enquanto no contrato de prestação de serviços irá relevar o lugar de cumprimento da obrigação do prestador de serviços. Ainda que a ação em causa tenha por fundamento o incumprimento da obrigação de pagamento, continuará relevando apenas o lugar do cumprimento das obrigações citadas, não importando, neste caso, o lugar em que se deve realizar o pagamento³⁴¹.

Diante disto, para efeitos de determinação do lugar de cumprimento da obrigação em um contrato internacional “chave na mão”, é preciso saber se estes contratos podem ser incluídos em uma das duas categorias acima referidas e, portanto, se serão aplicáveis a eles as regras do art. 5º/1/b.

Ao nosso ver, a resposta a esta questão é positiva.

Em princípio, como iremos ver com mais detalhe quando tratarmos da sua natureza jurídica, os contratos “chave na mão” não são reconduzíveis a contratos de venda de bens ou de prestação de serviços.

Todavia, o conceito e a consequente abrangência destas categorias contratuais não devem, para fins de aplicação do Regulamento, ter por base as ordens jurídicas nacionais. A interpretação dos conceitos de “venda de bens” e de “prestação de serviços” deve ser feita de forma autônoma e compatível com os conceitos de “compra e

³³⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 110.

³⁴⁰ Quanto ao conceito de *prestação característica* do contrato, ver o tópico 21.2.2, infra.

³⁴¹ Este entendimento se encontra disposto na Exposição de Motivos da proposta da Comissão.

venda de mercadorias” e de “contrato de prestação de serviços” presentes no Regulamento Roma I³⁴².

Os conceitos utilizados no art. 5.º/1/b do Regulamento Bruxelas I devem ser interpretados em sentido amplo.

Quanto ao contrato de “venda de bens”, a sua denominação equivalente em outros idiomas do Regulamento, como por exemplo a versão francesa (*vente de marchandises*) e inglesa (*sale of goods*), induzem ao entendimento de que se tratam de vendas de coisas móveis corpóreas, excluindo-se, a princípio, a venda de direitos e de imóveis. Já o conceito de prestação de serviços deve ser entendido de forma a abranger qualquer atividade não subordinada realizada por uma parte em benefício da outra, em contrapartida de uma remuneração³⁴³.

A amplitude dada a estes conceitos nos leva a crer que, para fins de aplicação do Regulamento, os contratos “chave na mão” devem ser considerados como contratos de prestação de serviços ou de venda de bens. O exato enquadramento dos contratos “chave na mão” em uma destas duas categorias irá depender, no entanto, da identificação do elemento preponderante à luz dos critérios utilizados pelo TUE.

Neste sentido, dever-se-á atentar à prestação característica do contrato, determinada com base em disposições de Direito Internacional ou de Direito da União. A prestação característica de um contrato “chave na mão”, como veremos adiante, é a execução da obra por parte da sociedade de engenharia. O trabalho de execução de uma obra pressupõe a realização de uma atividade não subordinada em nome de outrem, pelo que, em nosso entendimento, estes contratos se aproximariam mais de uma “prestação de serviços”. Tal posicionamento é reforçado pelo fato dos contratos “chave na mão” não serem abrangidos pelo âmbito material de aplicação da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias, assunto este que trataremos com mais detalhe quando tratarmos da questão do Direito aplicável ao mérito nestes contratos.

³⁴² De acordo com o n.º 17 do Considerando do Regulamento Roma I, “o conceito de «prestação de serviços» e de «venda de bens» deverá ser interpretado tal como quando se aplica o artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001, na medida em que a venda de bens e a prestação de serviços sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação desse regulamento.” O artigo que trata destes contratos no Regulamento Roma I é o art. 4.º, alíneas a) e b), respectivamente.

³⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23/04/2009, Caso *Falco*, C-533/07.

A conjunção destes dois fatores nos leva a concordar com *TAKAHASHI*³⁴⁴ quando este afirma que os contratos de construção serão mais provavelmente contratos de prestação de serviços nos termos do Regulamento.

De qualquer maneira, mesmo que o entendimento seja diverso, o resultado final parece ser o mesmo. Como o lugar onde os bens devem ser entregues coincide, em princípio, com o lugar onde os serviços devem ser prestados, a competência recairá normalmente sobre o foro do país em que a unidade industrial deve ser realizada. Sendo assim, a regra geral do art. 5.º/1/a não será aplicável aos contratos que aqui temos em vista.

Outra questão que poderia aqui se colocar diz respeito aos contratos “chave na mão” que prevejam uma prestação de transferência de tecnologia. O TCE, em decisão no caso *Falco*, afirmou que o conceito de prestação de serviços não abrange um contrato de licença de exploração de um direito de propriedade intelectual. Não obstante, da mesma forma que ocorre com as obrigações de pagamento em contratos de venda e de prestação de serviços, a obrigação referente à licença de exploração de um direito de propriedade intelectual não assume o patamar de prestação característica quando inserida em um contrato “chave na mão” e, portanto, será irrelevante o local de cumprimento desta obrigação em específico, ainda que a ação seja fundada nela. Pela mesma razão, a existência de tal cláusula em um contrato “chave na mão” não impedirá uma possível inserção destes contratos na categoria de contratos de “prestação de serviço”.

21.1.1.2 Competência Convencional

A competência convencional é aquela atribuída por convenção das partes³⁴⁵. Quando a convenção designar a jurisdição nacional competente, se estará constituindo um *pacto de jurisdição*³⁴⁶.

O pacto de jurisdição pode ser expresso ou tácito e possuir um efeito *atributivo de competência* ou um efeito *privativo de competência*.

³⁴⁴ Takahashi, Koji. *Jurisdiction in Matters Relating to Contract: Article 5(1) of the Brussels Convention and Regulation*, in European Law Review, Sweet & Maxwell, London, 2002, p. 533.

³⁴⁵ “Les clauses qui désignent l’ordre juridictionnel étatique compétent sont très fréquentes dans les contrats internationaux; ils peuvent intervenir aussi en matière non contractuelle, mais sont alors rarissimes” Mayer, Pierre. *Droit international privé*, Editions Montchrestein, Paris, 1998, p. 196.

³⁴⁶ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 192.

Será atributivo o efeito quando se eleger como competentes os tribunais de um Estado que não seria competente pela aplicação dos critérios de competência e será privativo o efeito quando se afastar a competência dos tribunais de um Estado originalmente competente daqueles critérios.

Poderão também as partes determinar que o tribunal estadual eleito tenha competência exclusiva ou competência concorrente.

A atribuição de competência exclusiva a um foro Estadual apresenta algumas vantagens às partes, sobretudo quando se tratam de relações comerciais transnacionais. A primeira delas é a unidade jurisdicional de litígios. A reunião de potenciais litígios entre as partes sob um mesmo órgão jurisdicional pré-definido garante maior segurança jurídica às partes, eliminando a necessidade de debates a respeito da fixação da competência judicial internacional e garantindo que o foro competente será aquele que, na visão das partes, se mostra mais adequado ou conveniente para resolver os litígios. O pacto de jurisdição também concede mais previsibilidade em relação ao Direito material aplicável ao mérito da causa, uma vez que com a eleição do foro também se estará determinando o sistema Estadual de Direito de Conflitos que servirá de base para a designação daquele.

No Regulamento Bruxelas I, a competência convencional é regulada pelos arts. 23º e 24º.

O primeiro deles regula o *pacto de jurisdição* com efeito atributivo de competência e somente se aplica ante o preenchimento cumulativos dos seguintes requisitos.

Deve haver, em primeiro lugar, uma convenção atributiva de competência reconhecida pela ordem jurídica em causa. O TCE já se pronunciou no sentido de que a *convenção atributiva de competência* deve ser considerada de forma autônoma em relação aos sistemas nacionais, porém em nenhum momento definiu um conceito geral do termo, pronunciando-se apenas em relação às situações específicas nos casos concretos³⁴⁷. Em se tratando de um contrato internacional, o pacto de jurisdição poderá assumir a forma de uma cláusula contratual ou ser objeto de um negócio separado.

Em segundo lugar, ao menos uma das partes deve encontrar-se domiciliada no território de um Estado-Membro. Se garante, desta forma, que exista mínima relação entre o litígio e o espaço comunitário. Assim, o Regulamento não regula o efeito

³⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10/03/1992, Caso *Duffryn*, C-214/89.

atributivo de competência caso nenhuma das partes se encontre domiciliada em um Estado-Membro³⁴⁸.

Para além disso, o pacto de jurisdição deve atribuir competência aos tribunais de um Estado-Membro. Ficam excluídas do âmbito de aplicação espacial do Regulamento as convenções que atribuam competência aos tribunais de um Estado terceiro. No caso *Coreck*³⁴⁹, o TCE afirmou que, se um tribunal situado no território de um Estado contratante for chamado a decidir um litígio mesmo diante da existência de cláusula atributiva de jurisdição a um Estado terceiro, este “deverá apreciar a sua validade em função do direito aplicável, incluídas as normas de conflitos, da sua própria *lex fori*.” Deverão, da mesma forma, ser respeitadas as competências exclusivas estabelecidas pelo Regulamento, assim como os limites referentes a pactos de jurisdição em matéria de seguros, nos contratos com consumidores e nos contratos individuais de trabalho³⁵⁰.

Um dos objetivos primordiais do Regulamento Bruxelas I é o de eliminar certas disparidades das regras nacionais em matéria de competência judicial e de reconhecimento de decisões judiciais, por meio da unificação de regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial³⁵¹. Nesta esteira, é amplamente difundida a ideia de que o litígio, para que seja regulado pelas disposições do Regulamento, deve por em causa uma situação internacional.

Um primeiro questionamento que aqui se coloca diz respeito ao caráter internacional de um litígio que possua como único “elemento de internacionalidade” a eleição pelas partes de um foro estrangeiro. A nosso ver, uma relação puramente interna não poderá se converter em internacional pelo simples fato das partes elegerem um foro estrangeiro para a solução de conflitos, não sendo possível basear-se neste preceito para fundamentar o afastamento da competência dos tribunais do Estado no qual a relação se insere. Evitam-se assim, possíveis fraudes ao Direito processual interno dos Estados-Membros³⁵².

³⁴⁸ Nos termos do n° 3 do art. 23º, “Sempre que tal pacto atributivo de jurisdição for celebrado por partes das quais nenhuma tenha domicílio num Estado-Membro, os tribunais dos outros Estados-Membros não podem conhecer do litígio, a menos que o tribunal ou os tribunais escolhidos se tenham declarado incompetentes.”

³⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 09/11/2000, Caso *Coreck*, C-387/98.

³⁵⁰ O n° 14 do Considerando do Regulamento 44/2001, prevê que a “autonomia das partes num contrato que não seja de seguro, de consumo ou de trabalho quanto à escolha do tribunal competente, no caso de apenas ser permitida uma autonomia mais limitada, deve ser respeitada sob reserva das competências exclusivas definidas pelo presente regulamento.”

³⁵¹ Cf. N° 2 do Considerando do Regulamento 44/2001.

³⁵² O entendimento citado inclui-se dentro da chamada *tese objetiva*. No mesmo sentido, ver: Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 195 e Magnus, op. cit., p. 382. Em sentido contrário, Caravaca e González (op.

A par disso, há que se dizer que inexistem contornos bem definidos a respeito de qual seria o critério de internacionalidade relevante para fins de aplicação dos preceitos citados. De forma geral, ainda que o domicílio das partes em Estados diferentes se mostre suficiente, será o conjunto de circunstâncias que rodeiam o caso concreto que irá determinar se é possível ou não aferir caráter internacional à situação que se apresenta. Neste sentido, faz-se necessário uma ponderação dos elementos de estraneidade presentes em cada caso e, a partir daí, verificar se estes elementos são suficientes para referendar à escolha das partes em prol de um determinado foro, em detrimento daquele que seria competente segundo as regras de competência legal. Esta definição deve encontrar embasamento sobretudo nos objetivos e nos princípios que norteiam a competência convencional e o próprio Regulamento³⁵³.

Diante disso, é perfeitamente possível a aplicação do art. 23º do Regulamento à uma situação conectada com apenas um Estado-Membro, desde que se identifique um elemento internacional relevante. Assim, por exemplo, na presença deste elemento internacional, o art. 23º seria aplicável numa situação na qual uma parte domiciliada em Portugal celebra um pacto de jurisdição com uma parte domiciliada no Brasil estabelecendo como competentes os tribunais portugueses.

Quanto a sua forma, o pacto de jurisdição deve ser celebrado: a) por escrito ou verbalmente com confirmação escrita; b) em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si; c) no comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado. Conforme decisão do TCE no caso *Estasis Salotti*³⁵⁴, a exigência de forma escrita é satisfeita pela convenção de competência que resulte de dois documentos separados ou quando o texto do contrato remeta a um documento que contenha o pacto de jurisdição.

Em atenção às formas mais atuais de comunicação, o nº 2 do art. 23º do Regulamento dispõe que qualquer “comunicação por via eletrônica” que permita um

cit., 2004, vol. I, p. 118) defendem a chamada *tese subjetiva*, segundo a qual a eleição de um tribunal estrangeiro confere caráter internacional à situação, assim como ocorre perante a Convenção de Roma sobre obrigações contratuais, de 1980. Este entendimento, segundo os autores, se mostra mais adequado à economia globalizada, na qual a litigação em foro estrangeiro pode ser mais conveniente para as partes, ainda que se trate de uma situação objetivamente nacional.

³⁵³ Cf. Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 195/196; Magnus, op. cit., p. 381.

³⁵⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14/12/1976, caso *Estasis Salotti*, C-543/10.

registro duradouro do pacto equivale à forma escrita³⁵⁵. O objetivo deste alargamento é justamente o de garantir a validade das cláusulas de competência inseridas em contratos celebrados por meios eletrônicos ou de pactos de jurisdição celebrados isoladamente por meio de troca de mensagens de correio eletrônico.

Com especial relevância para os contratos comerciais internacionais, tem-se que o pacto de jurisdição escrito pode ser dispensado quando seja celebrado em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si ou com os usos do comércio internacional. Apesar dos dois casos, previstos respectivamente nas alíneas b) e c) do art. 23º/1, se utilizarem do termo “uso” no seu texto, somente a sua utilização no segundo deles está, me rigor, correta. Para *LIMA PINHEIRO*³⁵⁶, trata-se de “mais um exemplo de tradução deficiente, visto que as versões francesa, alemã e inglesa distinguem claramente entre as *práticas* observadas nas relações entre as partes e os *usos* observados num ramo do comércio.” Assim, pode-se dizer que a alínea b) do art. 23º/1 refere-se às “práticas” suficientemente repetidas entre as partes durante certo período de tempo que as leva a confiar na utilização de uma forma em particular.

Quanto a alínea c) do art. 23º/1, um uso do comércio internacional existe se ele refletir uma conduta particular geralmente conhecida e regularmente praticada pelos operadores de um determinado ramo deste comércio³⁵⁷. Mais uma vez, agora em relação ao termo “comércio internacional”, deve-se buscar uma conceituação autônoma.

O termo “comércio” visa as relações econômicas entre empresas ou entes equiparados, quais sejam aquelas pessoas que atuam como profissionais independentes em termos não empresariais³⁵⁸.

Por outro lado, será internacional a transação que apresentar contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado. Entende-se que uma transação é internacional quando envolver o fornecimento de bens ou serviços através de fronteiras ou que tenha como partes empresas estabelecidas em Estados diferentes³⁵⁹, não sendo critério relevante a nacionalidade das mesmas.

³⁵⁵ O texto deste artigo vai de encontro às tendências mais atuais da legislação e da jurisprudência mundiais. Este preceito, inclusive, segundo Dário Moura Vicente, serve de base para a aceitação de uma convenção de uma convenção de arbitragem celebrada através de meios eletrônicos. Cf. Vicente, Dário Moura. *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio eletrônico*, in Direito da Sociedade da Informação, Coimbra Editora, 2004, pág. 164.

³⁵⁶ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 201.

³⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20/03/1997, caso *MSG*, C-106/95.

³⁵⁸ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 202.

³⁵⁹ Quanto a este ponto, ver o Acórdão acima citado: caso *MSG*, de 20/03/1997, C-106/95.

Não há necessidade de se recorrer à lei de um Estado-Membro para que se determine a existência de um uso. Também este uso não precisa ser conhecido e praticado no comércio internacional em geral, mas apenas no ramo comercial no qual as partes exercem sua atividade. Basta que as partes tenham anteriormente se envolvido em relações comerciais uma com a outra ou com partes que operam no setor em questão para que o conhecimento efetivo ou presumido de um uso possa ser comprovado. Da mesma forma, é suficiente para tanto que, no momento de celebração de certo tipo de contrato, o comportamento em questão tenha o status de prática consolidada, pelo fato de ser seguido de forma geral e regular pelos operadores deste setor³⁶⁰.

Em conformidade com a jurisprudência do TCE, também merece destaque o entendimento de que não são aplicáveis as limitações aos pactos de jurisdição estabelecidas pelo Direito interno dos Estados-Membros, assim como não pode haver outras exigências de forma senão aquelas contidas no próprio Regulamento³⁶¹.

A jurisprudência do TCE também indica que o pacto de jurisdição deve ser tratado como negócio jurídico autônomo em relação ao contrato principal e, portanto, a invalidade do contrato principal não o prejudica³⁶².

Os pressupostos e requisitos de validade do pacto de jurisdição que não são regulados de forma direta pelo art. 23º, deverão ser submetidos à apreciação conforme o Direito aplicável determinado pelo Direito dos Conflitos de cada Estado-Membro³⁶³.

Finalmente, nos termos do art. 24º do regulamento, a competência convencional também pode resultar da propositura de uma demanda perante um tribunal de um Estado-Membro que não seja originariamente competente, desde que o requerido compareça espontaneamente. Trata-se da hipótese de pacto de jurisdição tácito no decurso do processo.

Não obstante, este preceito não possui aplicação quando a comparência do requerido tiver por único objetivo a arguição de incompetência daquele tribunal ou se existir um tribunal com competência exclusiva sobre aquela ação, nos termos do art. 22º do Regulamento, o qual será objeto de análise adiante.

³⁶⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *MSG* (já citado); e do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16/03/1999, Caso Castelleti, C-159/97.

³⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13/11/1979, caso *Sanicentral*, C-25/79; e Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24/06/81, caso *Elefanten Schuh*, C-150/80, respectivamente.

³⁶² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 03/07/97, caso *Benincasa*, C-269/95.

³⁶³ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 206.

21.1.1.3 Competência Exclusiva

Os critérios de competência exclusiva presentes no Regulamento Bruxelas I são diretamente aplicáveis sempre que o respectivo elemento de conexão aponte para um Estado-Membro vinculado ao Regulamento e que o litígio seja emergente de uma relação transnacional³⁶⁴. Não se tratando de nenhuma das hipóteses de competência exclusiva, seja ela legal ou convencional, a competência internacional dos tribunais dos Estados-Membros, nos termos do art. 3º do Regulamento, é regulada pelas regras de competência legal não exclusiva contidas neste se o réu tiver domicílio num Estado-Membro.

Como consequência, o regime interno português de competência internacional só será aplicável quando não se observe um dos casos de competência exclusiva previstos no Regulamento e se além disso o réu não possuir domicílio num Estado-Membro (art. 4º/1).

Os casos de competência exclusiva são regulados pelo art. 22º do Regulamento Bruxelas I, situado na Seção IV do Capítulo II. Destes casos, três são merecedores de algumas considerações tendo em vista sua possível aplicação aos litígios emergente de um contrato internacional “chave na mão”:

- art. 22º/1 - Em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis, os tribunais do Estado-Membro onde o imóvel se encontre situado.

- art. 22º/4 - Em matéria de inscrição ou de validade de patentes, marcas, desenhos e modelos, e outros direitos análogos sujeitos a depósito ou a registo, os tribunais do Estado-Membro em cujo território o depósito ou o registo tiver sido requerido, efectuado ou considerado efectuado nos termos de um instrumento comunitário ou de uma convenção internacional.

- art. 22º/5 - Em matéria de execução de decisões, os tribunais do Estado-Membro do lugar da execução.

Diante da ocorrência de alguma das hipóteses previstas no artigo 22º, se estabelecerá a competência exclusiva dos tribunais de um Estado-Membro. Isso significa que estarão, a partir deste momento, afastadas as competências baseadas na regra geral do domicílio do réu ou nas regras especiais previstas no art. 5º/1. A

³⁶⁴ Ibid., p. 404/405.

competência exclusiva também prevalecerá sobre o pacto de jurisdição e sobre a extensão tácita de competência.

A competência exclusiva não admite prorrogação caso seja distribuída em tribunal que não o competente e deve ser reconhecida de ofício pelo tribunal que a receber (art. 25º). Se isto não ocorrer, o reconhecimento da sentença deverá ser recusado no Estado-Membro em seja solicitado (art. 35º/1 e 45º/1).

Por outro lado, o Regulamento não obriga o tribunal de um Estado-Membro a se declarar incompetente quando o elemento de conexão utilizado em alguma das hipóteses previstas pelo art. 22º apontar para um terceiro Estado, cujos tribunais reclamem competência exclusiva. Neste caso, se o tribunal de um Estado-Membro se considerar competente, não se constituirá hipótese de fundamento de recusa de reconhecimento de decisão em outros Estados-Membros³⁶⁵. Não obstante, caso essa sentença necessite de execução no território do terceiro Estado ela perderá sua efetividade, tendo em vista que não será reconhecida pela autoridade judicial local³⁶⁶.

Além disso, como afirmam CARAVACA e GONZÁLEZ, a interpretação dos casos de competência exclusiva do art. 22º deve ser taxativa, no sentido de que não se admite a sua extensão a outros casos por meio de analogia. A delimitação do alcance das regras do art. 22º também deve ser objeto de interpretação autônoma, não podendo se afastar dos objetivos aos quais se propõe³⁶⁷.

Diante disto, importa saber se um litígio emergente de um contrato internacional “chave na mão” poderia suscitar a aplicação das regras de competência exclusiva do art. 22º do Regulamento dentro do estrito objetivo ao qual se vinculam, o que afastaria a aplicação de qualquer outra regra de competência anteriormente analisada.

O primeiro caso de competência exclusiva é o art. 22/1, segundo o qual, em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis, têm competência exclusiva os tribunais do Estado-Membro onde o imóvel se encontre situado.

Trata-se do caso clássico de competência exclusiva em Direito Internacional Privado. Alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, refere-se apenas às *ações relativas a imóveis* situados naquele país como sendo de competência exclusiva, o que a princípio causa certa dúvida no que diz respeito à matéria específica que é objeto da competência exclusiva.

³⁶⁵ Lima Pinheiro, op. cit., 2012, p. 206.

³⁶⁶ Caravaca/González, op. cit., vol. I, p. 114. Os autores classificam esta teoria como *teoria mista*.

³⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14/12/1977, caso *Sanders*, C- 73/77.

Não é o que acontece perante o Regulamento Bruxelas I. Neste, é expressa a previsão que a competência exclusiva se refere apenas à matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis.

Na lição de *ALMEIDA COSTA*³⁶⁸, os direitos reais são geralmente definidos como atribuindo aos respectivos titulares poderes diretos e imediatos sobre coisas certas e determinadas e caracterizam-se pelo fato do respectivo titular poder opô-los às restantes pessoas, impedindo-as de interferir na coisa sobre que versam. Ora, ainda que alguns aspectos de direitos reais possam interferir de forma secundária no que se refere à execução de um contrato “chave na mão”, estes não relevam para as obrigações nele contidas, as quais em nada se relacionam com a matéria de direitos reais.

Assim, tomando em consideração apenas o contrato em si e não potenciais consequências que a sua execução possa dar causa (como, por exemplo, as relativas à propriedade do imóvel onde se realizará a unidade industrial), conclui-se que não terá qualquer aplicação a regra do art. 22º/1 do Regulamento no que diz respeito a um litígio emergido de um contrato internacional “chave na mão”.

Para além dessa hipótese, poderia se pretender aplicar a regra do art. 22º/4 no que toca a definição da competência para solução de conflitos surgidos perante estes contratos, uma vez que, como já dissemos, é possível que se incluam nestes obrigações relativas ao uso de direitos de propriedade industrial. No entanto, tendo em vista o ideal de interpretação restritiva das regras do art. 22º, tem-se que se o objeto do litígio não versar sobre a própria validade da patente ou sobre a validade do registro, não existe razão particular que justifique a atribuição de competência exclusiva aos tribunais de um Estado-Membro³⁶⁹.

Assim, a matéria objeto do art. 22º/4 do Regulamento diz respeito apenas aos litígios sobre a regularidade da inscrição e sobre a validade dos direitos em questão ou ainda à própria existência do depósito ou do registro. Não se incluem aí os litígios sobre a titularidade do direito à proteção da propriedade industrial ou que resultem de contratos tendo por objeto direitos de propriedade industrial³⁷⁰.

Não resta dúvida, portanto, que um litígio emergido de um contrato “chave na mão”, ainda que tenha como fundamento a violação de direito de propriedade industrial, não será “atraído” pela regra de competência exclusiva do art. 22º/4.

³⁶⁸ Almeida Costa, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Almedina: Coimbra, 1991, p. 98 e ss.

³⁶⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15/11/1983, caso *Duijnstee*, C-288/82.

³⁷⁰ Lima Pinheiro, ob.cit., 2006, p. 422.

O último caso de competência exclusiva que nos interessa é o n.º 5 do art. 22.º. Somente os tribunais do Estado em cujo território deva ser executada uma decisão serão competentes para resolver os conflitos que se formem em torno da efetiva execução desta decisão.

A competência exclusiva, neste caso, já decorre do Direito Internacional Público, por força do qual os tribunais de um Estado só têm jurisdição para a realização de atos de coerção material em seu próprio território³⁷¹. A dúvida que paira a respeito desta hipótese de competência exclusiva é se estão incluídos nela alguns meios processuais ligados à execução, como os embargos de executado e os embargos de terceiro.

Com efeito, em decisão no caso *AS-Autoteile Service*³⁷², o TCE entendeu que uma ação de embargos à execução (que no caso era prevista no Código de Processo Civil alemão) estava compreendida dentro do âmbito de aplicação do que seria hoje o art. 22.º/5. O mesmo entendimento parece extensível aos embargos apresentados por terceiro.

Por outro lado, uma impugnação do tipo pauliana, que vise a proteção do direito de garantia do credor, na visão do TCE³⁷³ não se destina a fazer dirimir um diferendo relativo ao «recurso à força, à coerção ou ao desapossamento de bens móveis e imóveis para assegurar a execução material de decisões e actos» e, por isso, não se insere no âmbito de aplicação do n.º 5 do artigo 16.º da Convenção. Nesta mesma esteira, tanto as ações de indenização por prejuízo oriundo de execução indevida, nas quais a regularidade da execução é apenas questão prévia, quanto as ações de restituição por enriquecimento sem causa decorrente de execução ficam também excluídas do âmbito de aplicação do referido preceito.

Quanto às medidas provisórias ou cautelares que autorizem ou ordenem atos de execução, a tendência jurisprudencial é que estas também sejam excluídas devido a duas razões principais. A primeira delas, suscitada no caso *Van Uden*³⁷⁴, é a de que o tribunal competente para conhecer do mérito da questão está apto a ordenar as medidas provisórias ou cautelares que se revelem necessárias. Também terá competência para decretar tais medidas o tribunal que apresente uma conexão real entre o objeto das medidas requeridas e a competência territorial do Estado-Membro do juízo ao qual são

³⁷¹ Ibid., p. 425.

³⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 04/07/1985, caso *AS-Autoteile Service*, C-220/84.

³⁷³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26/03/1992, caso *Reichert*, C-261/90.

³⁷⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17/11/1998, caso *Van Uden*, C- 391/95.

solicitadas. Já a segunda é a de que os tribunais, em conformidade com os arts. 33º e ss. e 38º e ss., são a princípio obrigados a reconhecer as providências provisórias determinadas pelos tribunais competentes de acordo com as disposições do Regulamento³⁷⁵.

Em tempo, cabe esclarecer que a competência exclusiva prevista no art. 22º/5 não trata da declaração de execução de sentenças estrangeiras, no sentido que lhe é dado quando uma ação tem por objetivo a obtenção de *exequatur* referente a uma sentença proferida em outro Estado-Membro ou num Estado terceiro³⁷⁶.

Diante todo o exposto, é possível estabelecer, em linhas gerais e de forma resumida, alguns parâmetros para fixação da competência de litígios emergentes de contratos “chave na mão” no âmbito do Regulamento Bruxelas I.

Em primeiro lugar, deve-se observar se o litígio em questão trata de matéria de execução de decisões (dentro do limite de abrangência acima citado). Em caso positivo, serão exclusivamente competentes os tribunais do Estado-Membro do lugar da execução.

Em qualquer outro caso que não trate de matéria de execução de decisões, serão concorrentemente competentes os tribunais do Estado-Membro do domicílio do réu e do Estado-Membro no qual foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão.

Não obstante, estas regras de competência ditas gerais e especiais, respectivamente, podem ser afastadas por um pacto de jurisdição acordado entre as partes. A competência baseada na convenção expressa das partes será exclusiva, a não ser que as partes convençionem ao contrário. É possível, por fim, para além desses casos, que a competência para conhecer de litígios relativos aos contratos “chave na mão” recaia sobre foro que não o originalmente competente de acordo com as disposições do Regulamento quando o requerido compareça, desde que tal comparência não tenha como único objetivo arguir a incompetência do tribunal em causa e não se tratar de caso de competência exclusiva por força do artigo 22º.

Para cada um desses casos, no entanto, devem ser observadas as regras específicas que delimitam seu âmbito de aplicação e os requisitos exigidos por cada um deles, nos termos do que foi até aqui considerado.

³⁷⁵ Lima Pinheiro, op.cit., 2006, p. 426.

³⁷⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20/01/1994, caso *Owens Bank*, C-129/92.

21.1.2 Brasil

21.1.2.1 Competência concorrente e exclusiva

A competência internacional da justiça brasileira é fixada nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil³⁷⁷.

O primeiro deles trata das regras de competência concorrente, hipótese na qual a lei interna de um país admite que a justiça de outro Estado seja também internacionalmente competente para julgar a causa. O artigo 88 CPC dispõe que a autoridade judiciária brasileira será competente quando: “I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.” O parágrafo único do citado artigo completa afirmando que para o fim do disposto no n. I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Já o artigo 89 do CPC faz alusão aos casos em que há competência exclusiva ou absoluta da justiça brasileira. Nos termos deste artigo, compete à autoridade brasileira, com exclusão de qualquer outra: “I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”.

A partir da identificação das regras de competência internacional concorrente e exclusiva vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, nos cumpre analisar a sua aplicação perante os contratos internacionais que aqui temos em vista. Imaginemos, para tanto, que surgindo um litígio durante a execução de um contrato internacional “chave na mão”, e ao havendo no mesmo uma cláusula arbitral ou uma cláusula de eleição de foro, uma das partes ajuíza uma ação perante um Tribunal brasileiro. Recebida a ação, deverá o juiz, em primeiro lugar, analisar sua própria competência internacional para julgar a ação.

Tendo em vista os dispositivos de lei acima destacados, tem-se que a primeira hipótese na qual a justiça brasileira é competente ocorre quando o réu é domiciliado no Brasil. Como já destacado anteriormente, as partes nos contratos “chave na mão” que aqui temos estudado serão sempre pessoas jurídicas de direito privado. Neste sentido,

³⁷⁷ O art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil também contém regras sobre a competência internacional. Este artigo, todavia, é tido por derogado em virtude da vigência posterior dos dispositivos do Código de Processo Civil (arts. 88 a 90) que regulam a matéria lá contida.

em uma primeira hipótese, a justiça brasileira será competente para julgar a ação caso a pessoa jurídica que figura como réu na ação proposta tenha seu domicílio no Brasil.

Mas como determinar o domicílio de uma pessoa jurídica?

Segundo o artigo 75, IV, do Código Civil brasileiro, as pessoas jurídicas de direito privado terão domicílio no lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu respectivo estatuto ou atos constitutivos. Desde logo, a justiça brasileira será competente quando a parte que figura como réu na ação proposta tiver sua respectiva diretoria ou administração funcionando em território brasileiro ou se os atos constitutivos da pessoa jurídica indicarem domicílio especial no Brasil.

Para além disso, conforme o parágrafo único do art. 88, se considera como domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal no país. No entanto, não basta a simples existência de uma agência, filial ou sucursal em território brasileiro para que o domicílio da pessoa jurídica estrangeira seja considerado como sendo no Brasil. Conforme destaca *RECHSTEINER*³⁷⁸, “[a] doutrina entende, e com razão, que para firmar a competência da justiça brasileira, nesses casos, é necessário que as ações sejam oriundas de atos próprios das agências, filiais ou sucursais localizadas no território brasileiro”³⁷⁹. Se assim não fosse, uma empresa estrangeira sediada em seu país poderia acionar, perante a justiça brasileira, outra empresa estrangeira sediada fora do território brasileiro por questões sem qualquer conexão com a ordem jurídica brasileira, simplesmente pelo fato desta última possuir aí uma filial, sucursal ou agência³⁸⁰.

Neste sentido, não é a localização destas últimas em território brasileiro que justifica que a demanda seja de competência da justiça nacional. O objetivo do referido preceito, como já referendado pela jurisprudência³⁸¹, é o de estender o domicílio da pessoa jurídica nos casos em que ela tenha representante com capacidade para estabelecer negócios jurídicos no Brasil, estando assim apta a assumir direitos e contrair obrigações.

³⁷⁸ Ibid., p. 264.

³⁷⁹ O entendimento citado se coaduna com aquele exteriorizado na Súmula 363 do STF, a qual possui o seguinte teor: “A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que se praticou o ato.”

³⁸⁰ Jatahy, Vera Maria Barrera. *Do Conflito de Jurisdições: A competência internacional da justiça brasileira*, 1ª ed., Editora Forense, 2003, Rio de Janeiro.

³⁸¹ Ver, neste sentido: Apelação Cível 67.348, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, relator Fonseca Costa.

Em uma segunda hipótese, a justiça brasileira também será competente caso a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil. O Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre o art. 88, II do CPC, afirmou entendimento de que a obrigação levada em conta para a atribuição de competência à justiça brasileira é a obrigação principal e não a acessória³⁸². No entanto, nem sempre as obrigações principais são facilmente identificadas em contratos complexos como os que aqui temos em vista. Por envolver prestações de natureza diversa, definir o local onde a obrigação referente a um contrato “chave na mão” deve ser cumprida não é tarefa simples. Entendemos que, em consonância com a solução adotada perante o direito convencional europeu, deve-se atentar ao critério da “prestação característica do contrato”³⁸³.

Tem-se que em um contrato “chave na mão” a prestação característica do será a própria construção da unidade industrial. Partindo desta premissa, é possível considerar que, para efeitos de aplicação da regra de competência internacional em questão, a obrigação principal do contrato é a própria execução da obra. Sendo assim, a justiça brasileira seria internacionalmente competente, nos termos do art. 88/II, CPC, caso a instalação industrial a ser construída pela sociedade de engenharia se situasse em solo brasileiro, uma vez que a obrigação principal do contrato seria aí cumprida.

Vale ressaltar que em ambos os casos a competência dos tribunais brasileiros seria concorrente, ou seja, não haveria, a princípio, qualquer problema para que uma sentença proferida em outro país fosse homologada para execução em território brasileiro.

Por outro lado, uma eventual competência exclusiva poderia ser suscitada em relação aos contratos “chave na mão”, com base no art. 89, I do CPC.

Este artigo reflete uma tendência geral de que os Estados soberanos possuam competência exclusiva para causas relativas a imóveis situados em seu território, por se tratarem, em última instância, de questões de ordem pública *latu sensu* e de segurança jurídica³⁸⁴.

A respeito deste dispositivo, questiona-se se o mesmo se refere apenas a ações que envolvem direitos reais ou se abrange quaisquer ações que versem sobre imóveis

³⁸² Acórdão do STJ em Recurso Especial, 251438, de 08/08/2000, Relator Ministro Barros Monteiro.

³⁸³ Trataremos deste critério de forma mais aprofundada no item 21.2.2.

³⁸⁴ Cf. Araújo, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 5ª Edição, Renovar, 2011, Rio de Janeiro, p. 258. Ainda neste contexto, o Tribunal de Justiça (Agr. Agr. SE 7101, julgado em 15/10/03, Ministro Maurício Correa) negou a colação a um inventário de bem imóvel situado em Portugal, uma vez que não competia à justiça brasileira decidir sobre questão que implicaria lesão à soberania portuguesa.

situados no Brasil. Mais especificamente, a questão controvertida diz respeito ao objeto do litígio ou a sua causa: a questão que se coloca é se o referido preceito legal se aplica apenas às ações fundadas em direito real (*in rem*) ou se sua aplicação também se estende às ações fundadas em direito obrigacional (*in personam*).

Para TIBÚRCIO³⁸⁵, há uma tendência de expandir a regra para além das ações fundadas em direitos reais. De acordo com o autor, se a intenção do legislador fosse restringir a aplicação da norma somente às ações *in rem*, ele o faria expressamente, assim como fez com o art. 95 do CPC³⁸⁶.

Em sentido contrário, ARAÚJO³⁸⁷ entende que após certo período de hesitação, o Supremo Tribunal Federal³⁸⁸, seguindo a melhor doutrina³⁸⁹, sedimentou entendimento de que essas ações só abrangem as de cunho real, excluindo-se do rol de aplicação do art. 89/I as ações *in personam*. A nosso ver, esta segunda interpretação se mostra mais conforme com a doutrina e a jurisprudência pátrias.

Conforme explica PONTES DE MIRANDA³⁹⁰, “se a ação, embora relativa a imóvel, não é ação de direito real sobre imóvel, como se há apenas pré-contrato sem eficácia real, não se há de vedar a propositura da ação (no estrangeiro), pelo fato de ser situado no Brasil o imóvel.” No que toca a jurisprudência, o STF teve a oportunidade de se manifestar em Recurso Extraordinário³⁹¹ que discutia o cumprimento de uma promessa de compra e venda de imóvel situado no Paraguai, cujo contrato foi celebrado no Brasil, assim como era este o local da execução. Em sua decisão, o STF afastou a aplicação *a contrario sensu* do at. 89, I, determinando que a justiça brasileira era competente, não obstante o imóvel estar situado em país estrangeiro, uma vez que se tratava de uma obrigação de fazer (outorga de escritura), de cunho pessoal e não real, e o foro brasileiro havia sido eleito para a execução do contrato.

³⁸⁵ Tibúrcio, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Editora Renovar, 2006, Rio de Janeiro, p. 94.

³⁸⁶ “Art. 95 - Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.”

³⁸⁷ Araújo, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 5ª Edição, Renovar, 2011, Rio de Janeiro, p. 257.

³⁸⁸ A autora faz menção ao seguinte julgado: A. Reg. na S.E. nº 2.492, RTJ 101/69 (1982).

³⁸⁹ A autora se baseia no entendimento dos seguintes autores: Moreira, José Carlos Barbosa, *Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição – Competência Internacional da Justiça Brasileira, Prova do Direito Estrangeiro*, in Revista Forense, vol. 343, p. 147; Barbi, C.A., *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, tomo II, 2ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1975, p. 400; Mori, C.C e Nascimento, E.B., *A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro*, in Revista de Processo, 73/74 – 93, p. 83; Carneiro, A.G., *Jurisdição e Competência*, 3ª ed., Editora Saraiva, 1989, p. 50.

³⁹⁰ Miranda, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II: arts. 46 a 153*, 3ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 226.

³⁹¹ Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 90961, de 29/05/1979, publicado em 11/10/85.

Diante o exposto, e tendo em vista que os aspectos reais possuem aspecto apenas secundário perante os contratos “chave na mão”, não se vê possibilidade de aplicação da regra de competência exclusiva estipulada no art. 89, I, no que se refere a litígios surgidos no âmbito destes contratos.

21.1.2.2 Eleição de foro

Perante o Direito brasileiro, a última questão que se coloca diz respeito à validade da cláusula de eleição de foro.

Como vimos anteriormente, ao tratar do caso português, a eleição de foro para a solução de litígios emergentes de contratos internacionais corresponde à obrigação das partes contratantes de submeterem à determinada jurisdição a solução das controvérsias que venham surgir durante a relação jurídica negocial. A cláusula de eleição de foro é amplamente utilizada e aceita como válida perante a grande maioria dos ordenamentos jurídicos consultados.

A escolha de foro em contratos internacionais se mostra, da mesma forma, totalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Nos contratos internos, a possibilidade de escolha do foro é incontestável, pois o artigo 111 do Código de Processo Civil (CPC)³⁹² dispõe que a competência interna fixada em razão do território pode ser modificada por convenção das partes. Com relação à competência internacional, contudo, o Código de Processo Civil brasileiro não contempla expressamente a possibilidade de sua atribuição pela via convencional. Porém, a despeito desta lacuna, não há na doutrina ou na jurisprudência grande discussão a respeito desta possibilidade.

Antes de tudo, para que se convalide a eleição do foro é indispensável que o consentimento das partes seja certo e isento de vício, designadamente no que toca aos contratos significativos, como são os de fornecimento de instalações industriais, de licença de marca e de *know-how*. Da mesma forma, a cláusula deve estipular quais são os litígios submetidos ao tribunal designado³⁹³.

A vontade das partes na escolha da jurisdição deve ser respeitada nas hipóteses em que o Estado brasileiro admite a competência concorrente, tendo em vista que o rol

³⁹² “Art. 111 - A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.”

³⁹³ Strenger, op. cit., p. 277.

do art. 88 não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Sendo exemplificativo, não há porque impedir que a manifestação de vontade, válida e eficaz, crie novos casos de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira.

Por outro lado, não terá validade tal escolha das partes nos casos em que é atribuída competência absoluta à justiça brasileira, tendo em vista que a eficácia da decisão tomada no foro eleito não poderá ser internalizada por homologação. Os efeitos da decisão proferida em foro estrangeiro eleito pelas partes são isentos de eficácia prática nos casos em que a justiça brasileira é exclusivamente competente, pois tal decisão terá, de qualquer forma, que ser executada no Brasil pelo fato de aí se localizarem os bens objeto da relação jurídica, resguardando-se assim a soberania do Estado, conforme já aludido anteriormente³⁹⁴. De forma geral, portanto, pode-se dizer que o Direito brasileiro admite a cláusula de eleição de foro quando designada pelas partes o foro brasileiro para resolução de litígios, em hipótese não prevista legalmente como de sua competência, ou, caso eleito foro estrangeiro, não se tratar de hipótese incluída naquelas de competência exclusiva da justiça brasileira.

Este entendimento também encontra respaldo no Direito Convencional. A Convenção de Direito Internacional Privado³⁹⁵, também conhecida como Código Bustamante, admite a possibilidade das partes, expressa ou tacitamente, submeterem-se a jurisdições diversas, desde que se seja observado algum elemento de fixação de competência internacional, designadamente a nacionalidade e o domicílio das partes. Chega-se a esta conclusão a partir da análise conjunta dos arts. 321, 322 e 318 da Convenção. O art. 318, estatui que será competente, em primeira instância, o juiz ao qual as partes tenham se submetido expressa (art. 321) ou tacitamente (art. 322), sempre que pelo menos uma delas seja nacional do Estado contratante ao qual pertença ou tenha domicílio o juiz, salvo Direito local em contrário. Diante desta Convenção, faz-se portanto necessária a demonstração de uma vinculação mínima, associada à nacionalidade ou domicílio, para que seja admitido o deslocamento de competência por liberalidade das partes.

³⁹⁴ Nardi, Marcelo de. *Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma visão brasileira*, in Contratos Internacionais, João Grandino Rodas (coord.), 3 ed., Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 146.

³⁹⁵ A Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante) foi adotada na Sexta Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, Cuba, e assinada a 20-2-1928,. Aprovada, no Brasil, pelo Dec. nº 5.647, de 8-1-1929 e promulgada pelo Dec. nº 18.871, de 13-8-1929. Países que a subscreveram: Brasil, Cuba, República Dominicana, Haiti, Panamá, Costa Rica, Nicarágua Honduras, Salvador, Guatemala, Chile, Bolívia, Equador, Peru e Venezuela

Por sua vez, no âmbito do Mercosul, a possibilidade de eleição do foro resulta mais clara e menos condicionada. O capítulo I do Título II do Protocolo de Buenos Aires³⁹⁶ trata o tema de forma individualizada, sob o título “eleição de jurisdição”. Nos termos do art. 4º/1, “nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.” A validade e os efeitos da cláusula de eleição de foro são regulados pelo Direito do Estado-parte competente segundo as normas abstratas previstas no protocolo (art. 5º/2). Em todo caso, deve ser aplicado o Direito mais favorável à preservação da validade das manifestações de vontade exteriorizadas pelas partes (art. 5º/3).

De forma subsidiária, na falta de eleição das partes, terá jurisdição, à escolha do autor: a) o juízo do lugar do cumprimento do contrato; b) o juízo do domicílio do demandado; c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação.

Assim, em matéria de competência internacional, encontra-se corroborada pelas Convenções Internacionais das quais o Brasil faz parte a ideia de validade da cláusula de eleição de foro.

Não obstante, a sua aplicação não é absoluta. O reconhecimento da eficácia do pacto de eleição de foro formalizado no contrato submete-se ao chamado “sistema de limites”, consagrado nos 17º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁹⁷ e 216º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal³⁹⁸. As limitações instauradas por este sistema tem por objetivo o resguardo integral da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes. Extrai-se daí que uma sentença proferida em um Estado estrangeiro não será homologada no Brasil quando de alguma maneira afrontar a soberania, a ordem pública ou os bons costumes, ainda que o foro estrangeiro tenha sido eleito contratualmente.

³⁹⁶ Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Protocolo de Buenos Aires), aprovado pela decisão 1, de 05/08/1994, do Conselho do Mercado Comum, reunido em Buenos Aires, Argentina. o Estado brasileiro depositou a carta de ratificação do protocolo em 7 de maio de 1996, passando o mesmo a vigorar no Brasil a partir da data de 6 de junho de 1996, encontrando-se em plena vigência em solo brasileiro.

³⁹⁷ “Art. 17 - As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

³⁹⁸ “Art. 216 - Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

Outra limitação que pode ser destacada diz respeito aos contratos com consumidores. Quanto a estes, a jurisprudência brasileira vem sedimentando entendimento no sentido de que não serão válidas as cláusulas de eleição de foro neles contidas se o foro eleito pelas partes inviabiliza ou mesmo dificulta, de alguma forma, o acesso ao Poder Judiciário por parte do consumidor³⁹⁹.

Vale destacar que por se tratar de caso de competência relativa, a propositura da ação em foro diverso daquele elegido em contrato, que pelo conteúdo material da controvérsia seria competente para julgá-la de acordo com as regras de fixação de competência internacional, atrai a incidência do fenômeno da *prorrogação do foro*⁴⁰⁰.

A prorrogação de competência relativa é consagrada pelo sistema processual brasileiro, nos termos do já mencionado art. 111 do CPC e do art. 114 também do CPC⁴⁰¹, que prevê a ocorrência do fenômeno quando o juiz não declinar a competência para o juízo do domicílio do réu, nos casos de nulidade de cláusula de eleição de foro em contratos de adesão, ou quando o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.

Mais uma vez, o fato destes dispositivos estarem localizados no capítulo referente à competência interna não impede a sua aplicação aos casos com elementos de conexão plurilocalizados. A conclusão a que se chega tem fundamento nem outro dispositivo legal, o art. 90 do CPC brasileiro. Segundo este artigo, “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. Deduz-se do texto deste artigo que a pendência de ação idêntica perante um juízo estrangeiro não afasta a competência da justiça brasileira. Ou seja, tratando-se de competência concorrente, é dada a possibilidade de se ingressar com uma ação perante o juízo nacional mesmo que exista ação idêntica tramitando perante foro estrangeiro.

Uma vez que, por se tratar de competência concorrente, é permitido ao juízo brasileiro acolher sob sua jurisdição questão contratual submetida a foro estrangeiro por força de cláusula de eleição de foro, admite-se perante o Direito processual brasileiro a *prorrogação da competência*. Assim, se a parte ré não desejar sujeitar-se a foro diverso

³⁹⁹ Ver neste sentido as seguintes decisões do STJ: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.125.666 - MS (2008/0262831-5) Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 05/11/2010 ; REsp n. 1.089.993/SP, relator Ministro MASSAMI UYEDA, DJ de 8.3.2010; AgRg nos EDcl no REsp n. 470.622/SC, relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA - Desembargador Convocado do TJ/RS, DJ de 27.8.2010.

⁴⁰⁰ Nardi, op. cit., p. 138.

⁴⁰¹ “Art. 114 - Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.”

do eleito no contrato, deverá arguir exceção de incompetência, em conformidade com as normas processuais do foro excepcionado, na tentativa de obter provimento jurisdicional favorável a sua reivindicação⁴⁰².

Em conclusão, tem-se que, na ótica do Direito brasileiro, será válida a cláusula de eleição de foro presente em um contrato internacional “chave na mão”. Não obstante, ainda que tal cláusula atribua competência a foro estrangeiro, estará a justiça brasileira apta a conhecer do litígio a si submetido, ainda que ação idêntica esteja pendente de julgamento no foro estrangeiro.

21.2 Determinação da Lei Aplicável

Por definição, os contratos objeto deste estudo irão, invariavelmente, envolver elementos de internacionalidade. Ao seu nível mais simples, isso pode significar que as partes envolvidas no contrato poderão estar domiciliadas ou estabelecidas em países diferentes, assim como a execução da obra poderá ocorrer em país diferente daqueles onde as partes possuem seu estabelecimento.

A plurilocalização de determinados elementos destes contratos pode dar margem a potenciais problemas relacionados à lei ou às leis aplicáveis ao contrato.

A primeira determinação a se fazer neste sentido é qual será a lei que irá regular o contrato. Essencialmente, esta será a lei que irá enquadrar os direitos e obrigações das partes no que se refere ao contrato firmado.

Não obstante, a legislação do local onde a obra é executada (sem excluir outras de países potencialmente conectados ao contrato), será também aplicável a certos aspectos relacionados ao contrato, ainda que a lei aplicável seja outra. Trata-se aqui de normas imperativas de Direito Público que não poderão ser afastadas por mera liberalidade das partes, relacionadas, sobretudo, à obrigações de saúde, segurança e à observância de legislações trabalhistas. Da mesma forma, deverá ser obedecida a legislação deste país no que diz respeito à aspectos da obra em si, como por exemplo, condições de licenciamento, taxas, encargos, alvarás, normas de Direito Ambiental, entre outros.

Feitas as devidas considerações, caberá, adiante, analisar qual será a lei aplicável aos contratos internacionais “chave na mão” de acordo com as regras de Direito

⁴⁰² Nardi, op. cit., p. 140.

Internacional Privado vigentes nos ordenamentos jurídicos tomados aqui em consideração.

21.2.1 A designação pelas partes do Direito aplicável

A autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável aos contratos obrigacionais constitui-se atualmente como um princípio de Direito Internacional Privado comum à grande maioria dos sistemas nacionais, reconhecendo-se, desta forma, a faculdade que possuem as partes de eleger o ordenamento jurídico aplicável ao seu contrato⁴⁰³. A autonomia da vontade, na esfera do Direito Internacional Privado, significa que as próprias partes poderão escolher o direito aplicável ao contrato. O elemento de conexão, neste caso, é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado que possua caráter internacional⁴⁰⁴.

O princípio da autonomia da vontade, no entanto, não é fonte de direito original, desvinculada da ordem jurídica estatal. Neste sentido, será sempre a *lex fori* de cada país que determinará a aceitação da autonomia da vontade das partes como elemento de conexão, tendo em vista que os Tribunais de cada Estado aplicam suas próprias regras de Direito Internacional Privado⁴⁰⁵.

Diante disto, nos cumpre, dentro da nossa proposta, em primeiro lugar analisar a questão da autonomia da vontade na determinação da lei aplicável e o seu tratamento diante dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, além de observar como a questão é tratada pelos modelos contratuais da FIDIC e da CCI.

A sub-cláusula 1.4 tanto do *Silver Book* da FIDIC prevê que o contrato será governado pela lei do país escolhida pelas partes e prevista expressamente nas “Condições Particulares” do contrato. Semelhante autonomia é prevista no *ICC Model Turnkey Contract for Major Projects*, em seu art. 5º, o qual sugere que as partes deverão acordar quanto a lei nacional aplicável ao contrato.

Destarte, os modelos contratuais citados sugerem às partes que estas acordem quanto a lei aplicável ao contrato, refletindo uma tendência, que como veremos, também encontra apoio perante os sistemas nacionais.

⁴⁰³ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 99.

⁴⁰⁴ Rechsteiner, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2003, p. 134

⁴⁰⁵ Ibid, p. 135.

O processo de determinação do Direito aplicável aos contratos internacionais, à face do regime jurídico vigente em Portugal, consta da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980 (doravante *Convenção de Roma*), que se aplica às obrigações assumidas após a sua entrada em vigor e que impliquem um conflito de leis.

Na Convenção de Roma, o princípio da autonomia da vontade na determinação da lei aplicável ao contrato encontra-se consagrado no n.º 1 do art. 3.º, o qual dispõe o seguinte:

“1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.”

Se faz presente, no que diz respeito à liberdade de designação do Direito aplicável, a autodeterminação das partes. Ainda, no que tange a justificação da eficácia jurídica do acordo a respeito do Direito aplicável ao contrato, somam-se razões de certeza, previsibilidade, segurança e facilidade para as partes na determinação da disciplina material do caso, combinadas à justa proteção da confiança recíproca entre as partes. Parte-se, portanto, do princípio que a conexão operada conforme a designação expressa pelas partes se mostra, em uma relação prática da vida, como uma solução adequada aos seus interesses⁴⁰⁶.

Quanto às restrições que pode sofrer tal liberdade conferida às partes, há que se dizer que o art. 3.º da Convenção de Roma não estabelece quaisquer limites quanto às ordens jurídicas estaduais que podem ser designadas pelas partes. Do mesmo modo, referido artigo não subordina a escolha à qualquer laço objetivo entre o contrato e a lei escolhida, nem mesmo à comprovação de interesses e motivos sérios que levaram a escolha.

Pesa a favor desta solução o fato de que a exigência de um laço objetivo com a lei escolhida não corresponde às necessidades do comércio internacional, bem como

⁴⁰⁶ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 100.

evita dificuldades de averiguação do interesse sério na escolha, tornando mais certa a determinação do Direito aplicável⁴⁰⁷.

A Convenção de Roma submete a livre designação das partes quanto ao Direito aplicável a dois pressupostos: em primeiro lugar, o contrato deve ser verdadeiramente internacional, nos moldes já expostos oportunamente e, em segundo lugar, que a lei escolhida pelas partes tenha caráter estatal. Este segundo pressuposto levanta calorosas discussões doutrinárias a respeito de sua aplicação, com especial reflexo no campo dos contratos internacionais de construção. Com efeito, o relevante papel desempenhado neste tipo de contratos pelo poder autonormativo dos particulares, materializados em contratos-tipo, modelos de contrato e condições gerais tanto de associações profissionais quanto de organizações internacionais, contribuiu para o surgimento de um verdadeiro núcleo de usos em matéria de contratos de engenharia. Esta realidade, em conjunto com a atrasada ou inadequada legislação interna a respeito da matéria nos diferentes sistemas nacionais, bem como a já aludida complexidade inerente à mesma, fez com que surgissem questionamentos a respeito da possibilidade das partes, no gozo da autonomia da vontade que lhes é própria, subtrair a questão de qualquer direito vigente na ordem jurídica nacional. Já que é facultado às partes escolherem um Direito estadual que não possui qualquer laço com o contrato simplesmente por lhes parecer mais adequado, a mesma razão não justificaria a remição integral à *lex mercatoria*?

As regras e princípios objetivos do comércio internacional apresentam vantagens normalmente atribuídas ao *Direito material especial de fonte supraestadual*, ou seja, a adaptação às especificidades das relações a serem reguladas a sua uniformidade internacional não suscitam, na sua determinação, dúvidas e dificuldades que normalmente resultam da pluralidade de sistemas locais de Direito Internacional Privado, bem como dos problemas complexos referentes ao seu funcionamento. Soma-se a isso as vantagens verificadas quando a remissão à *lex mercatoria* compreenda não apenas as regras objetivas, mas também usos do comércio internacional ou modelos de regulação elaborados de acordo com suas necessidades práticas⁴⁰⁸.

No entanto, são raros os casos de doutrinadores⁴⁰⁹ que elevam a *lex mercatoria* ao nível das ordens jurídicas estaduais perante as normas de conflitos gerais que

⁴⁰⁷ Ibid, p. 100.

⁴⁰⁸ Ibid, p. 104.

⁴⁰⁹ Para Philippe le Tourneau (ob. cit., p. 92), na falta de disposições legais imperativas e de previsão em contrário no contrato, a *lex mercatoria* obriga as partes.

regulam os contratos obrigacionais. Dos principais argumentos aventados pela doutrina dominante para fundamentar sua posição, destacam-se dois.

De acordo com o primeiro destes argumentos, a *lex mercatoria* não poderia ser objeto de referência conflitual, pelo simples fato de não configurar uma verdadeira ordem jurídica. Rebatendo este argumento, alguns autores defendem que não importa o fato da *lex mercatoria* não corresponder a um conceito determinado de ordem jurídica, desde que possua plenas condições de desempenhar as funções que lhe são atribuídas pelas normas de conflito.

Quanto a estes argumentos, cabe dizer que, apesar da reconhecida eficácia dos tribunais arbitrais na solução de questões frequentemente remetidas às arbitragens internacionais, não se pode confundir a possibilidade de se obter uma solução satisfatória fundamentada na *lex mercatoria* com a equiparação de tal solução àquela vigente em um ordenamento jurídico-positivo. Ademais, não é sempre que uma decisão baseada na *lex mercatoria* se fundamenta unicamente em Direito objetivo, uma vez que os contratos internacionais possuem caráter fragmentário e sua regulação pelo Direito objetivo do comércio internacional se dá de forma desigual, conforme o setor em causa. Diante disto, é oportuno considerar se, com relação a uma dada situação, efetivamente existe um Direito objetivo transnacional suscetível de constituir o objeto de uma referência⁴¹⁰.

Quanto ao segundo argumento, defende-se que um Direito fundamentado nas práticas e conceitos jurídicos típicos do cenário comercial internacional e na atividade de uniformização levada a cabo por associações comerciais ou de desenvolvimento do comércio internacional não poderia satisfazer ou suprimir os fins de política legislativa que são perseguidos pelo Direito imperativo. A admissibilidade da subtração de um Direito estadual à título de *lex contractus* culminaria assim em uma *imunidade legislativa* dos contratos internacionais ou ainda em uma consequente neutralização do poder normativo do Estado.

De qualquer maneira, mesmo os defensores da *lex mercatoria* como ordem jurídica autônoma tendem a admitir que as regras objetivas do comércio internacional não podem ser aplicadas sem a observância dos princípios gerais de Direito e de certos valores comuns aos sistemas jurídicos interessados e à ordem jurídica internacional, os quais possuem a capacidade de corrigir eventuais desequilíbrios que se possam

⁴¹⁰ Lima Pinheiro, op. cit. 2005 (a), p. 104.

encontrar conforme o setor do comércio em causa. Não obstante, não será mediante a determinação da *lex mercatoria* que poderão ser alcançadas às finalidades visadas pelo Direito imperativo dos Estados, pois que é permitido às partes optar por uma ordem jurídica que não apresente qualquer laço objetivo com o contrato. As finalidades coletivas, a tutela do tráfico jurídico e proteção reservada a certas categorias de terceiros só poderão ser asseguradas pelo Direito Internacional Privado mediante outras formas de conexão e de controle do resultado material, não se encontrando, neste sentido, um impedimento ao chamamento da *lex mercatoria* a título de *lex contractus*.

Por outro lado, ainda que na prática exista uma tendência a elaborar, por influência da *Common law*, contratos muito detalhados em todos os seus aspectos, é inevitável a existência de lacunas ou de determinados aspectos que requeiram a observância de uma lei estatal, como por exemplo, a determinação da responsabilidade legal da sociedade de engenharia em um contrato internacional “chave na mão”. Assim, sem negar o importante papel da *lex mercatoria* na uniformização jurídica do Direito do comércio internacional, conclui-se que a equiparação da mesma às ordens jurídicas estaduais como objeto de designação conflitual encontra obstáculos sobretudo no seu caráter fragmentário e limitado a certos setores do comércio internacional, bem como ao fato de não formar propriamente uma ordem jurídica e de nem sempre ser cristalino o interesse das partes de subtrair totalmente o contrato à um Direito estatal.

Não obstante, tais características não impediriam que houvesse uma remição parcial à *lex mercatoria*, submetendo-se apenas alguns aspectos dos contratos às regras e princípios de Direito Objetivo. Da mesma forma, perante aqueles sistemas nacionais nos quais é admitido o julgamento por equidade por parte dos tribunais estaduais, não se encontram razões que impeçam as partes de remeter globalmente à *lex mercatoria*, ainda que resulte disto uma solução *ad hoc* sem fundamentação em regras jurídico-positivas ou de acordo com modelos de regulação.

No Brasil, a regra de conexão de Direito Internacional Privado referente à determinação da lei aplicável às obrigações contratuais é a contida no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942.

Dá análise textual do referido artigo, conclui-se que não é dado margem, ao menos expressamente, ao princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão relacionado às obrigações. Surge então, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, a dúvida quanto à possibilidade das partes escolherem o direito aplicável ao contrato.

O debate a respeito da questão, não é, de qualquer maneira, uma novidade. O art. 13 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, promulgada em 1917, ditava que a substância e os efeitos das obrigações seriam determinados pela lei do local onde foram contraídas, *salvo estipulação em contrário*⁴¹¹.

Naquele momento, a inclusão no caput do artigo da expressão “*salvo estipulação em contrário*”, levou a doutrina a considerar como permitida a autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria obrigacional no direito internacional privado brasileiro⁴¹². No mesmo sentido, destaca *FRANCESCHINI*⁴¹³:

“No Direito brasileiro, a doutrina da autonomia da vontade mereceu acolhida expressa no sistema da Introdução ao Código Civil de 1916 [...]. Dava-se, desta forma, continuidade à tradição brasileira favorável à autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, de que é exemplo remoto o art. 5º do Regulamento 737, de 1850 (“Presumem-se contraídas conforme a legislação do Brasil as dívidas contraídas entre brasileiros no estrangeiro”).”

Posteriormente, no ano de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 foi revogada pelo Decreto Lei no 4.657, ocorrendo alterações em sua redação original. O novo texto de lei trazido pelo referido Decreto, mesmo com a revogação do Código Civil de 1916 no ano de 2002 pelo novo Código Civil permanece até hoje, tendo apenas seu nome alterado pela Lei 12.376 de 30 de dezembro de 2010: o que antes era chamado de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), passou a se chamar Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O fato é que a nova redação da Lei de Introdução ao Código Civil excluiu a expressão “*salvo disposição em contrário*”, o que trouxe a tona nova discussão doutrinária. Enquanto para alguns a exclusão da referida expressão indicava que não havia mais possibilidade da escolha pelas partes do direito aplicável, para outros, a

⁴¹¹ Art. 13 - Regulará, salvo disposição em contrário, quando à substância e aos efeitos da obrigação, a lei do lugar onde foram contraídas.

Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos exequíveis no Brasil; II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

⁴¹² ARAÚJO, op. cit., p. 320.

⁴¹³ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A lei e o foro de eleição em tema de contratos Internacionais*, in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

simples supressão da expressão não significava a eliminação do princípio jurídico anteriormente adotado⁴¹⁴.

O momento histórico que ambientou a alteração do antigo texto da LICC de 1916 contribuiu para que a primeira posição prevalecesse sobre a segunda. O regime ditatorial de que padecia o Brasil na época, contrário às liberdades de escolha, leva a conclusão de que o princípio da autonomia da vontade foi propositalmente suprimido. Neste contexto, para *FRANCESCHINI*, “[c]hega-se, assim, à inarredável conclusão de que, perante o Direito Internacional Privado brasileiro, em face a meridiana mens legis, produto do momento histórico de fácil interpretação, a autonomia da vontade não pode ser reconhecida como elemento de conexão contratual”⁴¹⁵.

Assim, o entendimento dominante é o de que não se aceita, perante o Direito Internacional Privado Brasileiro, a autonomia da vontade como elemento de conexão. O art. 9º da LINDB é norma cogente, não podendo as partes alterá-lo.

Além da constatação da não-admissão da autonomia da vontade decorrente da própria redação do art. 9º e do contexto histórico no qual se insere, é possível ainda fundamentar tal posição nas tendências legislativas e jurisprudenciais adotadas em países latino-americanos. No âmbito do MERCOSUL, o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão para a determinação da lei aplicável não é admitido no Uruguai e no Paraguai. A única exceção parece ocorrer na Argentina, onde a doutrina tem sustentado uma interpretação evolutiva na jurisprudência nacional em defesa da autonomia da vontade como regra de conexão pra a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais do comércio⁴¹⁶. É verdade que a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 1994, consagra a regra da autonomia da vontade como elemento de conexão. No entanto, somente México e Venezuela ratificaram a Convenção até o momento. O Brasil, por sua vez, apesar de ser signatário da Convenção, ainda não a ratificou.

⁴¹⁴ Neste sentido, ver Valladão, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, vol. II, p. 186 e ss. Para o autor, o princípio da autonomia da vontade era uma constante no Direito brasileiro, o que levava a conclusão de que, apesar da falta de menção expressa no novo texto da LICC, permanecia aquele princípio consagrado na nova lei. Ainda segundo o autor, o princípio da autonomia permanecia vivo no parágrafo 2º do art. 9º da Lei de Introdução de 1942, por meio da utilização do verbo “*reputa-se*”, que é sinônimo de “*presume-se*”, os quais sempre foram empregados com respeito à autonomia da vontade, significando a tradicional ressalva “*salvo estipulação em contrário*”.

⁴¹⁵ Franceschini, op. cit., p. 71.

⁴¹⁶ Basso, op. cit., *apud* Boggiano, Antonio, *Contratos internacionales*. 2 ed. Buenos Aires: De Palma, 1996, p. 28.

De qualquer forma, defende-se atualmente, uma evolução legislativa no Brasil, inspirada, sobretudo, nas práticas mais atuais do comércio internacional e nos textos da Convenção Interamericana e da Convenção de Roma sobre a lei aplicável aos contratos.

Ressalte-se que apesar da não previsão do princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão no Direito Internacional Privado brasileiro, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/96), no seu artigo 2º, parágrafo 1º, prevê expressamente a liberdade de escolha das partes quanto ao direito aplicável à arbitragem. A relação entre os dois dispositivos será analisada quando tratarmos da lei aplicável à arbitragem.

21.2.2 Lei aplicável na falta de designação pelas partes

O verdadeiro problema que se apresenta aos contratos comerciais internacionais em geral, desde o ponto de vista do Direito Internacional Privado, é o da determinação da lei aplicável ao contrato na falta de designação pelas partes.

Neste sentido, o nº 1 do art. 4º da Convenção de Roma determina que o contrato será regido pela lei do país com o qual apresente a conexão mais estreita, consagrando um critério geral de conexão, que deverá ser concretizado pelo órgão de aplicação do Direito mediante uma avaliação do conjunto das circunstâncias do caso concreto, ponderando-se todos os laços entre o contrato e os Estados em questão⁴¹⁷.

No que tange a cláusula geral de conexão prevista na Convenção, em primeiro lugar, cumpre destacar que a mesma não deve ser equiparada com uma seleção, entre os elementos de conexão existentes, daquele que se considera decisivo no caso concreto. A conexão mais estreita não é, desta forma, necessariamente aquela estabelecida por um elemento de conexão determinado no caso concreto, mas sim a que resulta de uma avaliação ponderada do conjunto das circunstâncias do caso, em observância não só ao significado que cada um dos laços existentes pode assumir isoladamente, mas também à combinação destes laços.

Em segundo lugar, ressalta-se que o critério geral de conexão mais estreita possibilita o atendimento de laços de qualquer natureza. Neste contexto, em primeira linha, se sobressaem os elementos de conexão de natureza objetiva e espacial, como o lugar da residência, da sede ou do estabelecimento das partes e o lugar onde se situa a coisa corpórea que seja objeto mediato do contrato. O lugar da execução do contrato e mesmo a nacionalidade das partes ainda podem ser levados em consideração.

⁴¹⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 112.

Assumirá maior relevância na determinação da conexão mais estreita os laços que traduzem uma efetiva ligação com a esfera econômico-social de um Estado do que propriamente as ligações mais imediatas, ainda que estas sejam mais visíveis e palpáveis.

Estes, porém, não são os únicos laços a serem levados em conta. A cláusula geral de conexão mais estreita permite ainda ter em conta laços objetivos de natureza diversa, como o idioma do contrato, a referência ou o emprego de termos e expressões características de determinadas ordens jurídicas ou ainda o nexo funcional que o contrato estabeleça com outro contrato regido por determinado por um determinado Direito.

Especificamente quanto aos contratos internacionais “chave na mão”, a dúvida a respeito da lei aplicável em falta de eleição pelas partes gira em torno de dois possíveis pontos de conexão: por um lado, a chamada *lex rei sitae* ou lei do lugar onde está situado o imóvel, que neste caso seria o país que abrigará a instalação industrial; por outro lado, a lei do país onde a sociedade de engenharia contratada pelo cliente tem seu estabelecimento⁴¹⁸.

A favor da *lex rei sitae* pode-se utilizar os seguintes argumentos: proporciona um lugar certo e de fácil determinação; oferece a vantagem de aplicar uma mesma lei a todas as relações contratuais de alguma forma ligadas ao contrato principal; coincide com o elemento de conexão do local da execução do contrato; e por último, tende a facilitar a aplicação de normas de Direito Público, em matéria de engenharia, do local onde se executa obra.

Já a favor a lei do país de estabelecimento da sociedade de engenharia, tem-se o fundamento no reconhecimento econômico e social da prestação de tal parte no contrato. Leva-se em conta, para tanto, que em um contrato “chave na mão”, a sociedade de engenharia assume uma responsabilidade global. Além disso, nem todas as prestações contratuais da sociedade de engenharia são executadas no lugar onde se constrói a instalação industrial. Nesta mesma esteira, a aplicação da lei do lugar do imóvel aos contratos internacionais “chave na mão” não seria de todo justificável, uma vez que os aspectos reais ocupam aspecto secundário nos mesmos, não interferindo diretamente em aspectos contratuais.

⁴¹⁸ Hernandez Rodriguez, op. cit., p. 1806.

Para solucionar a questão, é preciso atentar novamente ao disposto na Convenção de Roma. É estabelecido na Convenção um sistema de presunções, contendo uma regra geral, estabelecida no nº 2 do art. 4º, segundo a qual se presume que o contrato possui a conexão mais estreita com o país no qual a parte que deve realizar a prestação característica tem sua residência habitual ou, no caso de pessoa jurídica, o seu estabelecimento principal; e uma regra especial, contida no nº 3 do art. 4º, segundo a qual, para os contratos que tem por objeto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação da regra anterior, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa.

Assim, tendo em conta que não há nenhum regime especial na Convenção de Roma que seja especificamente aplicável aos contratos de engenharia e que a regra especial do nº 3 do art. 4º não é aplicável a estes contratos, uma vez que os mesmos não têm por objeto principal um direito real imobiliário nem a utilização de um bem imóvel, tem-se que a lei aplicável aos contratos “chave na mão”, em falta de eleição pelas partes, será a lei do país da parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato.

Mas qual é efetivamente a *prestação característica* do contrato?

Para LIMA PINHEIRO, a “prestação característica é aquela que permite individualizar o contrato”⁴¹⁹. O fundamento por trás deste critério reside numa hierarquização das prestações no interior do contrato, conferindo-se maior grau de relevância àquela que caracteriza o conteúdo do contrato⁴²⁰. Desta forma, nos contratos que preveem a troca de um bem ou um serviço por dinheiro, a prestação característica será aquela que consiste na entrega do bem, na cessão do uso do bem ou na prestação do serviço propriamente dito. Partindo desta lógica, a prestação característica em um contrato “chave na mão” seria aquela da sociedade de engenharia que executa a obra, aplicando-se, portanto, a lei do país em que a mesma tem o seu estabelecimento.

No entanto, caso a obra deva ser realizada no país em que o cliente tem sua sede ou estabelecimento, existe normalmente uma conexão mais estreita com este país e por isso não será necessário recorrer à lei da prestação característica. Esta afirmação decorre do fato que a competência da lei do devedor da prestação característica está claramente subordinada à cláusula de conexão mais estreita, apresentando-se como apenas uma de

⁴¹⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 115.

⁴²⁰ Teles, Eugénia Galvão. *Determinação do Direito material aplicável aos contratos internacionais. A Cláusula da conexão mais estreita*, in Estudos de Direito Comercial Internacional, Vol. I, Almedina: Coimbra, 2004, p. 85.

suas possíveis concretizações. Não há neste sentido, uma verdadeira preferência sistemática dada pela Convenção à lei do devedor da prestação característica. Pelo contrário, a presunção que aqui se manifesta é *iuris tantum*, ou seja, pode deixar de ser aplicada quando não seja possível determinar a prestação característica do contrato ou quando do conjunto das circunstâncias resulte que o contrato apresenta conexão mais estreita com outro país.

De qualquer maneira, como já aludido oportunamente, o fato da lei aplicável ao contrato internacional “chave na mão” ser determinada por livre escolha das partes ou a partir do critério da prestação característica não significa a impossibilidade de aplicação de outras leis. Com efeito, a própria Convenção de Roma prevê a possibilidade de aplicar ao contrato normas imperativas de outros Estados, especialmente no que diz respeito a normas técnicas, de segurança e proteção da obra e de materiais (do país onde se executam as obras) ou ainda, por exemplo, de controle de exportações (de países terceiros). Vale lembrar ainda, que em decorrência do disposto nº 1 do art. 3º e no nº 1 do art. 4º da Convenção de Roma, é possível que sejam aplicadas leis diferentes à distintas partes do contrato, o que assume relevo perante os contratos “chave na mão”, sobretudo pela diversidade de prestações envolvidas nos mesmos.

No Brasil, a regra de conexão aplicável aos contratos internacionais é inspirada na escola estatutária italiana, com origem na idade média e que influenciou diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo⁴²¹. A regra aqui referida é a do local da celebração do contrato. Com efeito, a regra geral para determinação da lei aplicável perante o direito internacional privado brasileiro é a do local da constituição da obrigação (*locus regit actum*), nos termos do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, qual dispõe o seguinte:

Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem.

§ 1º - Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

⁴²¹ Muito embora os princípios da escola estatutária italiana já fossem conhecidos, atribui-se à *Bartoloi* a sua sistematização. O referido jurista dividiu as questões contratuais entre as originadas do contrato e de sua forma (regidas pela lei do local da celebração) e as posteriores, às quais se aplicaria a lei do local da execução. Cf. Araújo, op. cit., p. 386.

§ 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Observando-se o artigo em comento, a primeira questão que surge diz respeito à relação entre o seu *caput* e o parágrafo 2º: estaria este último se referindo a alguma hipótese diversa daquela alcançada pela regra principal do artigo?

De fato, deve se considerar que o *caput* do art. 9º cuida da lei aplicável à substância dos contratos celebrados entre presentes. Já para os contratos celebrados entre ausentes, aplica-se à norma prevista no parágrafo 2º, utilizando-se como conexão a lei da residência do proponente. Assim, de acordo com as regras de Direito Internacional Privado brasileiro, caso o contrato seja celebrado entre partes presentes em um determinado país, será a lei deste país que irá reger o contrato. Caso o contrato tenha sido celebrado por partes ausentes, como aqueles celebrados por correspondência, transmissão de dados por *fac-símile* ou pela internet, nos quais há uma maior dificuldade em se determinar o local da celebração do contrato, reputar-se-á que a obrigação foi constituída no lugar em que residir o proponente.

Assim, a primeira questão que aqui se coloca, diz respeito à determinação do momento em que o contrato é efetivamente celebrado, pois somente assim será possível saber o local da constituição das obrigações para fins de aplicação da regra de conexão.

Para tanto, se faz necessário atentar ao disposto no art. 435 do Código Civil brasileiro:

“Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.”

Ora, resta claro da análise do artigo supra, que a regra do parágrafo 2º do art. 9º está em consonância com o art. 435 do Código Civil brasileiro, segundo o qual considera-se celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. Trata-se de um critério de presunção baseado nos ditames do Código Civil e que parte do princípio de que, em regra, o lugar em que o contrato foi proposto é o lugar onde se situa o proponente.

Apesar do parágrafo 2º do art. 9º fazer menção ao “*lugar em que residir o proponente*”, tal expressão dever ser entendida como o lugar onde está situado o proponente.

Para melhor elucidar a questão, merece referência o caso proposto pelos *ESPÍNOLAS*⁴²². Imagine-se um contrato entre ausentes, cujo proponente está situado em Portugal e o aceitante no Brasil. De acordo com as normas de conflito do Direito brasileiro, o contrato será considerado como constituído em Portugal, por se tratar do local onde se situa o proponente. Porém, de acordo com o Código Civil português se reputa como constituído o contrato no local da aceitação, e portanto a lei aplicável seria a brasileira. Perceba-se que enquanto a legislação portuguesa qualifica a constituição do contrato no local da aceitação, no Brasil qualifica-se que o contrato foi constituído no local do proponente. Diante disto, o problema de qualificação aqui presente deve ser resolvido conforme a expressa previsão do parágrafo 2º do art. 9º, segundo o qual, além da regência da obrigação, também a caracterização de sua constituição é regida pela lei em que o contrato é constituído. Ou seja, havendo um conflito entre dois sistemas jurídicos com respeito ao local de constituição do contrato (local da proposta ou local da aceitação), o legislador brasileiro claramente optou pelo local do proponente. Assim, se o caso acima descrito fosse submetido a julgamento no Brasil, o tribunal deveria seguir à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual caracteriza a obrigação como constituída em Portugal, aplicando-se, ao mérito, a lei portuguesa⁴²³.

De forma resumida, no campo dos contratos internacionais “chave na mão”, tem-se que, na ausência de previsão na legislação brasileira da autonomia da vontade, o contrato será regido pela lei do lugar onde foi celebrado o contrato. Ainda que as tratativas e negociações possam ocorrer através dos mais diversos meios de comunicação à disposição das partes, dificilmente um contrato internacional “chave na mão”, sobretudo pelas suas características complexas e pelos altos valores envolvidos, será celebrado por partes ausentes e por isso dificilmente a exceção do art. 9º/2 será aplicável.

Por último, outra questão que nos parece pertinente, ainda que não diga respeito a critérios de conexão e sim de Direito material aplicável, diz respeito à aplicabilidade da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁴²⁴ aos contratos “chave na mão”. Os tribunais suíços

⁴²² Espinola, Eduardo e Espínola Filho, Eduardo, op. cit., p. 548 e ss.

⁴²³ Ibid., p. 550.

⁴²⁴ Em março de 2013, o Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG, na abreviatura em inglês). Com isso, tornou-se o 79º país aderente da Convenção. Portugal ainda não ratificou a Convenção de Viena.

foram confrontados com essa possibilidade no caso *RT AG v. WT GmbH & Co. KG*, decidido pela Corte Comercial de Zurique em Julho de 2002⁴²⁵.

O caso envolvia um contrato “chave na mão” celebrado por uma empresa alemã (cliente) e uma suíça (sociedade de engenharia). O contrato era regulado pela lei suíça, conforme expressamente designado pelas partes na avença. Sobrevindo litígio entre as partes, a empresa suíça alegou que a remissão à lei suíça estabelecida contratualmente abrangia não apenas à legislação local referente às obrigações (*Swiss Law of Obligations*), mas a todas as provisões de Direito substantivo do Estado em questão. A parte alemã contestou, afirmando a que remissão feita pelas partes se referia especificamente à lei doméstica referente às obrigações.

A Corte Comercial de Zurique, em primeiro lugar, entendeu que quando as partes acordam que o contrato será regido pela Lei de um determinado Estado, estão elas se referindo a todo o Direito material vigente no mesmo. Uma vez que a Convenção de Viena contém disposições de direito material, estas estão abrangidas por uma cláusula de escolha do Direito aplicável como a que as partes estabeleceram no contrato.

A partir desta constatação, cabia então à Corte suíça decidir se a Convenção de Viena seria ou não aplicável aos contratos “chave na mão”.

No contrato em questão, a sociedade de engenharia obrigava-se a conceber, executar e supervisionar a montagem de uma unidade industrial de reciclagem, além de colocá-la em operação. Comprometia-se ainda a disponibilizar o material e o maquinário necessários tanto para a construção da mesma quanto para o seu funcionamento.

Desde logo, a Corte suíça entendeu não se tratar de um simples contrato de compra e venda, nem mesmo se a este fosse adicionado o dever adicional de instalação (*sales contract with installation duties*). Todavia, entendeu que o contrato em questão poderia ser reconduzido a um contrato de fornecimento de bens a serem fabricados ou produzidos (*contract for work and material*). O entendimento da Corte se pautou no fato de que o fornecimento de mão de obra está em primeiro plano em um contrato “chave na mão” e, conseqüentemente, a produção e não a entrega das mercadorias é de primordial importância. Deste modo, a entrega de mercadorias durante a execução do projeto é secundária frente ao objeto do contrato, enquanto o material

⁴²⁵ Commercial Court of the Canton of Zurich (*Turnkey plant case*) 9 July 2002 [HG000120/U/zs], Case law on UNCITRAL texts [A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/87], CLOUT abstract no. 881. Tradução de Ruth M. Janal. Idioma original: alemão. Disponível em: «<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020709s1.html>».

utilizado para a construção constituía material de base ao invés de um objeto de compra e venda.

De qualquer maneira, em se tratando de um contrato de fornecimento de bens a serem fabricados ou produzidos, poder-se-ia afirmar que a Convenção de Viena ainda sim seria aplicável, uma vez que seu art. 3º/1 dispõe que estes contratos podem ser reconduzidos à contratos de compra e venda. Todavia, o nº 2 do mesmo artigo é claro ao estabelecer que a Convenção não se aplica a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consiste no fornecimento de mão de obra ou de outros serviços. Diante disso, a Corte Comercial de Zurique entendeu que a Convenção de Viena não era aplicável ao mérito da questão, recorrendo-se para tanto, à lei suíça de obrigações.

Para finalizar, vale a pena observar trecho da conclusão alcançada pela Corte:

“ (...) The present case concerns the delivery of a large-scale plant to be manufactured. Very different components of the plant need to be put together to form a whole new unit. It goes without saying that the supply of labor for the assembly, supervision of the assembly and the putting into operation of the plant plays a very important role in such a project. Oftentimes, the functioning, respectively the correct adjustment of the various plant parts and their coordination with each other can only be undertaken when the plant is already effectively in operation. (...) Accordingly, the assembly, adaptation, instruction and similar works constitute a considerable part of the contractual performance. In accordance with scholarly opinion, the Court therefore assumes that the CISG is not supposed to apply to turnkey contracts, which do not so much provide for an exchange of goods against payment, but rather for a network of mutual duties to collaborate with and assist the other party (...).”

22. ARBITRAGEM TRANSNACIONAL

No âmbito do comércio internacional, existem diferentes maneiras de se buscar a resolução de um litígio. A resolução jurisdicional de litígios e a arbitragem transnacional têm sido os métodos dominantes nas últimas décadas. Aqueles que acreditam que podem confiar na atuação das cortes nacionais optam pelo caminho das

ações judiciais. Já aqueles que relutam em litigar em um foro estrangeiro, de acordo com regras de Direito estrangeiro, buscam, normalmente, os meios alternativos de resolução de litígios, em especial a arbitragem transnacional⁴²⁶. A preferência, porém, neste contexto, parece ter sido dada a essa última. Sendo assim, é possível afirmar que a arbitragem transnacional constitui, atualmente, o modo normal de resolução de litígios do comércio internacional. A inclusão da cláusula compromissória tornou-se, inclusive, quase que um pré-requisito para a conclusão de contratos internacionais.

O mesmo cenário se verifica em relação aos contratos internacionais de engenharia, em especial os contratos “chave na mão”, nos quais as partes usualmente preferem a arbitragem à litigação perante os tribunais estaduais como forma de resolver os litígios. São várias as razões que explicam este fenômeno, dentre as quais destacaremos as mais relevantes.

A arbitragem evita que as partes tenham de litigar perante tribunais estaduais de jurisdição distinta das suas, o que se torna relevante perante contratos que envolvem partes situadas em diferentes países, nos quais ainda é possível que ainda a instalação industrial objeto do contrato esteja localizada no território de um terceiro país. Em outras palavras, pode-se dizer que, em regra, não agrada a nenhuma das partes a sujeição aos tribunais e à lei da outra parte. Da mesma forma, a opção pela jurisdição e pela lei de um terceiro Estado também não parece ser uma solução conveniente, tendo em vista que a falta de proximidade com os tribunais deste Estado e de familiaridade com a sua lei podem se tornar barreiras para que as partes conduzam de forma eficiente a sua atuação no processo. Diante disso, a estipulação de uma convenção de arbitragem é uma solução mais cômoda e aparentemente mais adequada, sobretudo se levar-se em conta a possibilidade dos árbitros decidirem os litígios com base em critérios autônomos, dispensando referência a uma lei estadual⁴²⁷. Em suma, a arbitragem é normalmente vista como apta a criar um foro neutro para que os litígios sejam decididos perante um tribunal imparcial.

Outra vantagem apresentada pela arbitragem como modo de resolução de litígios emergentes do comércio internacional é a facilidade de reconhecimento internacional das decisões arbitrais, sobretudo pelo grande número de países que aderiram à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças

⁴²⁶ Biukovic, Ljiljana. *International Commercial Arbitration in Cyberspace: recent developments*. 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 319 2001-2002, Pág. 319.

⁴²⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 346.

Arbitrais Estrangeiras, de 1958. Não se tratando de comunidades regionais, como a União Européia e o Mercosul, geralmente é mais fácil obter o reconhecimento internacional de uma decisão arbitral do que de uma decisão judicial estrangeira.

O recurso à arbitragem também pode ser motivado pela busca de maior celeridade, tendo em vista que o processo arbitral, ainda que deva observar princípios fundamentais de qualquer processo, como o princípio da igualdade das partes e de contraditório, se reveste de menos formalidades, não dependendo a atuação dos árbitros dos condicionalismos que devem necessariamente ser observados pelos juízes que compõem o judiciário de um Estado, o que torna este processo mais flexível e simplificado. Aliado a isto, seguramente os árbitros não se confrontam com o elevadíssimo número de processos com que se deparam os juízes estaduais. É fato que atualmente se questiona a real efetividade dessa vantagem de “celeridade” apresentada pela arbitragem, uma vez que algumas arbitragens podem levar um tempo considerável para serem concluídas. No entanto, em comparação com os processos que correm perante o judiciário estatal, o procedimento arbitral permanece sendo mais célere, ainda que, como dito, isso não signifique grande rapidez na sua conclusão.

Para além disso, uma vantagem do processo arbitral que pode se apresentar especialmente relevante perante os contratos internacionais “chave na mão” é a da *especialização dos árbitros*. Estes contratos, como já frisado anteriormente, se revestem de grande complexidade e envolvem interesses de diversas partes. O magistrado de um Estado muitas vezes pode não possuir o preparo e o entendimento necessários para lidar com questões deste tipo, além de não dispor de tempo suficiente para que possa analisar as circunstâncias do caso concreto com grande profundidade, tendo em vista o grande número de processos com os quais deve dividir sua atenção. Por outro lado, os árbitros geralmente são pessoas com especiais qualificações e conhecimentos na matéria controvertida, assim como estão mais preparados para lidar com situações do comércio internacional, sendo mais capacitados para aplicar usos e costumes comerciais e possuindo maior sensibilidade aos interesses das partes direta ou indiretamente envolvidas e também às necessidades do comércio internacional⁴²⁸.

Neste sentido, a arbitragem pode proporcionar decisões mais individualizadas, com recurso a critérios de decisão mais flexíveis e que conferem maior peso às

⁴²⁸ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 346.

circunstâncias do caso concreto. Há ainda, perante alguns sistemas nacionais, a possibilidade privativa dos árbitros decidirem exclusivamente segundo a equidade⁴²⁹.

Somado a isso, há ainda a maior previsibilidade do resultado das decisões, decorrente da maior inserção dos árbitros nos círculos comerciais, ainda que isso nem sempre seja conciliável com a individualização das soluções finais⁴³⁰.

Por último, há que se falar ainda na confidencialidade como um fator que pode pender a favor da jurisdição arbitral. O sigilo do procedimento arbitral é assegurado às partes, que, por se verem muitas vezes envolvidas em grandes somas, ou por não desejarem expor publicamente os processos em que estão envolvidos, frequentemente preferem manter o processo ao abrigo do público⁴³¹. Este sigilo normalmente não pode ser garantido nos processos que correm frente ao judiciário de um Estado, tendo em vista a aplicação do princípio da publicidade que é inerente aos processos judiciais.

22.1. Noção de Arbitragem Transnacional

Casos as partes em um contrato internacional “chave na mão” incluam uma cláusula compromissória no mesmo, estarão elas optando pela arbitragem como meio de resolução de litígios surgidos entre as partes. Considerando que estes contratos, dentro do estudo aqui proposto, representam uma relação claramente transnacional, a arbitragem será caracterizada, da mesma forma, por sua transnacionalidade. Desta forma, antes de entrarmos no mérito da lei aplicável e da escolha do foro arbitral, cumpre tecer alguns comentários a respeito da noção fundamental de arbitragem transnacional.

Arbitragem transnacional em sentido amplo é toda aquela que coloca problemas de determinação do conjunto de normas e princípios primariamente aplicáveis à arbitragem, ou seja, de determinação do estatuto da arbitragem. Compreendem o estatuto da arbitragem, as proposições cabíveis a todos os aspectos processuais ou substantivos do processo arbitral, quais sejam: a validade da convenção de arbitragem; a

⁴²⁹ Realidade diferente se encontra perante o sistema português, no qual se admite amplamente que os tribunais decidam segundo a equidade. Já no Brasil, a questão se põe mais controvertida. Enquanto nos termos do art. 127 do Código de Processo Civil, a admissibilidade do julgamento por equidade é excepcional, uma vez que só está permitida nos casos previstos em lei, nos processos arbitrais podem as partes convencionar que o julgamento seja feito por equidade, conforme artigo 11, inciso II da Lei 9.307/96. Na arbitragem ajustada perante os juizados especiais, o julgamento por equidade é sempre admissível, independentemente de autorização pelas partes (Lei 9.099/95, artigo 25).

⁴³⁰ Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 346.

⁴³¹ Cretella Neto, op. cit., p. 379.

constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral; a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa; e os requisitos da decisão arbitral.⁴³²

O problema da determinação do estatuto da arbitragem coloca-se quando o objeto do litígio ou a própria arbitragem apresentam laços juridicamente relevantes com mais de um Estado, revelando assim, o critério de “internacionalidade” da arbitragem transnacional.

Apesar de boa parte da doutrina fazer uso da expressão “arbitragem internacional”, seguimos aqui o entendimento de *LIMA PINHEIRO*, segundo o qual o uso da expressão “arbitragem transnacional” é vantajoso no sentido de evitar a ambigüidade daquela, a qual se aplica também na designação das arbitragens de Direito Internacional Público.

Em sentido amplo, a arbitragem transnacional contrapõe-se à arbitragem interna. Uma arbitragem é considerada interna quando todos os seus elementos constitutivos encontram-se inseridos de forma exclusiva no interior de uma determinada ordem jurídica nacional. Sendo assim, nessas arbitragens ditas internas, não há verdadeiramente um problema de determinação das normas e princípios a serem aplicados à arbitragem, uma vez que estes serão diretamente determinados pelo regime legal do Estado no qual a arbitragem se encontre inserida. De forma oposta, a arbitragem transnacional irá necessariamente colocar problemas de determinação do estatuto da arbitragem, uma vez que apresenta conexões jurídicas relevantes com mais de um ordenamento jurídico. Dessa maneira, os tribunais da arbitragem transnacional não estão vinculados a uma *lex fori*, ou seja, um Direito de fonte interna que deva ser tido, a princípio, como exclusivamente competente para definir o estatuto a ser seguido pelos árbitros que o compõe.

O árbitro na arbitragem transnacional possui, portanto, maior grau de autonomia na condução do processo arbitral do que o árbitro na arbitragem interna, visto que goza de maior liberdade na escolha das normas que irão regular o processo arbitral e da lei que se aplicará ao mérito da causa⁴³³.

⁴³² Pinheiro, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, 2005, p. 27.

⁴³³ Essa liberdade, no entanto, é relativa, visto que na arbitragem transnacional o árbitro deverá aplicar a lei escolhida pelas partes e somente na falta dessa escolha é que deverá aplicar a lei por ele próprio escolhida. Cfr. Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, pág. 549.

Nas palavras de *PEREIRA BARROCAS*⁴³⁴, pode-se definir a arbitragem internacional como “um meio jurisdicional privado e voluntário de dirimção de um litígio, de caráter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um Estado, que é susceptível de ser resolvido pela via arbitral e relativa a interesses privados ou a interesses público-privados que não deva ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos”.

A noção de arbitragem transnacional comporta, ainda, dois níveis distintos, havendo-se que distinguir as arbitragens transnacionais em sentido amplo, a respeito das quais nos referimos acima, das arbitragens transnacionais em sentido estrito, tradicionalmente referidas como “arbitragens comerciais internacionais”.

A arbitragem transnacional em sentido estrito é aquela que tem por objeto um litígio emergente do comércio internacional e, pelo fato de estar inserida nas relações do comércio internacional, assume certas especificidades.

Por um lado, trata-se, a arbitragem transnacional, do modo normal de resolução jurisdicional de litígios emergentes das relações do comércio internacional e por isso, assume, nesse contexto, uma relevância sócio-jurídica sem paralelo em outras relações internas ou internacionais. Por outro, a referida arbitragem têm por objeto as relações entre empresas ou entes equiparados, o que revela um campo mais vasto para a atuação do princípio da autonomia da vontade⁴³⁵.

Em suma, as arbitragens transnacionais em sentido estrito realizam-se em um espaço transnacional, no qual são desenvolvidas regras, princípios e modelos de regulação autônomos em relação às ordens jurídicas internas. Neste sentido, o Direito Transnacional ou *lex mercatória* é um fenômeno que está intimamente ligado ao comércio internacional. Existe um conjunto daqueles aludidos princípios, regras e modelos de regulação, independentes em relação às ordens jurídicas estaduais singularmente consideradas, que, dentro de certos limites, podem ser aplicados nestas arbitragens⁴³⁶.

Neste sentido, levando em conta suas especificidades, algumas legislações nacionais e convenções internacionais estabeleceram regimes especiais para a “arbitragem comercial internacional”.

⁴³⁴ Ibid., pág. 547-548.

⁴³⁵ Lima Pinheiro, op. cit., 2004, pág. 14.

⁴³⁶ Id.

A Convenção Européia sobre a Arbitragem Comercial Internacional conjuga, para a definição dessas arbitragens, um critério material de conexão do litígio com o comércio internacional com um critério subjetivo, qual seja, a residência habitual ou sede das partes em Estados contratantes diferentes. É o que se pode extrair do n° 1 (a) do seu art. 1º:

Article I

Scope of the Convention

1. This Convention shall apply:

(a) to arbitration agreements concluded for the purpose of settling disputes arising from international trade between physical or legal persons having, when concluding the agreement, their habitual place of residence or their seat in different Contracting States.

Já no contexto das legislações nacionais, importa destacar, entre outros, o Direito Francês e o Direito Português. O art. 1504º do recentemente alterado Código de Processo Civil⁴³⁷ francês estabelece que é internacional a arbitragem “que põe em causa interesses do comércio internacional”. Inspirada no modelo francês, a nova Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal (LAV)⁴³⁸ define a arbitragem internacional, no art. 49º, I, como aquela que “põe em jogo interesses do comércio internacional”. Ambos os países determinam um regime especial no que diz respeito a essas arbitragens.

Nesta visão mais estrita, o caráter transnacional da arbitragem decorre da transnacionalidade da relação da qual emerge o litígio. Não é suficiente que a própria arbitragem contenha elementos de extraneidade, pois além de apresentar laços juridicamente relevantes com mais de um Estado, ela tem de pôr em jogo interesses do comércio internacional⁴³⁹.

O local onde a arbitragem é realizada também pode indicar se ela é internacional ou nacional. A lei brasileira, por exemplo, não estabelece o que deve ser entendido como arbitragem internacional, mas dispõe que a *sentença arbitral estrangeira* é aquela proferida fora do território nacional, nos moldes do art. 34, parágrafo único da lei brasileira de arbitragem.

Já a lei espanhola de arbitragem estipula que:

⁴³⁷ *Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/noticias/lei-francesa-arbitragem--decreto--2011-01-13.pdf>>.

⁴³⁸ Lei n° 63/2011.

⁴³⁹ Lima Pinheiro, op. cit., 2004, pág. 15.

Artículo 3. Arbitraje internacional.

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

O termo “comércio internacional”, no entanto, não deve ser confundido com a “comercialidade” (definida pelo Direito interno) da matéria objeto do litígio. Numa arbitragem cabem não apenas controvérsias de caráter comercial, mas também outras que não possuam necessariamente essa mesma natureza, como as relativas a questões meramente civis ou também questões envolvendo entidades públicas e particulares em que aquelas atuam sem estarem investidas de poderes de autoridade⁴⁴⁰.

A Lei-Modelo da UNCITRAL destinada às arbitragens comerciais internacionais enumera, de forma exemplificativa, na nota de rodapé nº 2 ao art. 1 (1), que:

“ao termo “comercial” deve ser dada uma interpretação ampla por forma a abranger todas as matérias resultantes de relações de natureza comercial, sejam elas contratuais ou não. As relações de natureza comercial incluem, entre outras, as seguintes transações: contratos comerciais destinados a efectuar uma troca de bens ou serviços; acordos de

⁴⁴⁰ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, pág. 562.

distribuição; a concessão comercial ou agência; o factoring; a locação financeira; contratos de construção civil; contratos de consultoria; projectos de engenharia; licenciamento de direitos; investimento; financiamento; operações bancárias; seguros; acordos de exploração ou de concessão; “joint venture” e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de mercadorias ou de passageiros por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária”.

Não possui essa enumeração um carácter restritivo, mas sim exemplificativo, o que não exclui outras formas contratuais destinadas a produzir ou transacionar um bem ou a prestar um serviço. Trata-se de uma concepção ampla de comercialidade e que procura, em certa medida, tanto afastar-se de noções restritivas previstas pelos Direitos estaduais quanto não se ater ao carácter pessoal das partes, admitindo-se, inclusive, relações econômicas entre não-comerciantes. Não obstante, a Lei-Modelo da UNCITRAL não faz distinção entre arbitragem de Direito Comercial e arbitragem de Direito Civil⁴⁴¹.

No entanto, não se devem incluir nesse conceito as relações estabelecidas com consumidores finais ou entre consumidores finais, tendo em vista que nessas relações verifica-se uma hipossuficiência econômica de uma das partes, a qual necessitará de uma proteção específica, não compatível com a dimensão do princípio da autonomia privada em sede de “arbitragem comercial internacional”.

Diante todo o exposto, podemos concluir que a arbitragem transnacional em sentido amplo engloba tanto a arbitragem comercial internacional, ou seja, aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional, quanto a arbitragem que embora não ponha em jogo tais interesses, tem por objeto uma relação controvertida que apresenta laços juridicamente relevantes com mais de um Estado.

22.2. Determinação do Direito Aplicável ao Mérito

Como vimos, um grande número de legislações nacionais designa a “arbitragem internacional” como aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional, ou

⁴⁴¹ “... the 1985 UNCITRAL Model Law, makes no distinction between civil and commercial arbitration, favoring a wide interpretation of commerciality”. Gaillard, Emmanuel; Savage, John. *Fouchard Gaillard Goldman On International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pág. 36

seja, aquela que tem por objeto controvérsias emergentes de relações entre empresários ou entes equiparados que apresentam contatos relevantes com mais de um Estado. Diante disso, podemos afirmar que existe um Direito dos Conflitos especial da arbitragem transnacional a ser aplicado nas relações entre empresários (*business-to-business*). Sendo assim e tendo em vista que é nesta realidade em que se inserem os contratos internacionais “chave na mão”, veremos quais as regras de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa nas arbitragens dos litígios surgidos nestas relações contratuais.

São direcionadas aos tribunais arbitrais, em primeira linha, as normas estaduais sobre determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional. Estas normas, tanto perante os sistemas aqui analisados como perante as legislações arbitrais mais modernas, consagram integralmente o princípio da autonomia da vontade e estabelecem, diante da falta de designação pelas partes do Direito aplicável, critérios gerais de remissão que concedem ao árbitro elevado grau de discricionariedade na determinação da lei aplicável.

Somado a isso, tem-se o fato de que os tribunais de arbitragem transnacional não se submetem de forma exclusiva a um sistema estadual em particular e, portanto, não estão vinculados a aplicar exclusivamente o Direito dos Conflitos de um determinado país.

Esta realidade nos leva a concluir que a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem de litígios entre “empresários” remete-se principalmente às regras e princípios próprios do Direito Transnacional da Arbitragem. Os principais sistemas nacionais consagram soluções que interagem com estas regras e princípios autônomos e por isso, para uma devida compreensão daquelas, é necessário remeter-se a eles⁴⁴².

As soluções apresentadas no campo do Direito Transnacional da Arbitragem têm origem, sobretudo, na prática dos tribunais arbitrais e nos regulamentos de centros institucionalizados de arbitragem, os quais normalmente apresentam critérios de determinação do Direito aplicável diferentes daqueles encontrados nas decisões dos tribunais estaduais e estabelecidos nas previsões nacionais de Direito de Conflitos.

⁴⁴² Pinheiro, Luís de Lima. *Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, Coimbra Editora, 2008, p. 410.

Vale ressaltar que, conforme dispõe o art. 28º/1 da Lei-Modelo da CNUDCI, na falta de previsão em contrário, a referência das partes a um determinado Direito estadual deve ser entendida como uma referência ao Direito material deste Estado⁴⁴³.

Neste âmbito, ressalta-se o papel do princípio da autonomia da vontade. Com base nele, se tem entendido que as partes podem remeter para qualquer Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para “princípios gerais” ou para a equidade. Na prática dos tribunais arbitrais, o recurso a princípios gerais de Direito, a “princípios comuns” aos sistemas nacionais, a usos do comércio internacional ou a modelos de regulação é algo que acontece com certa frequência.

Disso, podemos retirar que um contrato internacional “chave na mão” que inclua uma convenção de arbitragem no seu conteúdo, por configurar uma relação “*business-to-business*”, pode ser subtraído pelas partes a qualquer direito Estadual, sendo essa a opção preferível quando nenhuma das partes queira se submeter ao Direito da outra, o que pode dar uma maior segurança a elas no momento de contratar⁴⁴⁴.

De qualquer modo, isso não exclui a aplicação, pelos árbitros, de normas e princípios fundamentais comuns aos Estados envolvidos a título de ordem pública transnacional, bem como não afasta tanto diretrizes estaduais sobre a aplicação de normas imperativas emanadas de Estados que possuam ligação significativa com a arbitragem ou que constituam possíveis locais de execução da decisão arbitral, quanto diretrizes supraestaduais provenientes de organizações internacionais que sejam aplicáveis.

Na omissão das partes quanto à escolha do Direito a ser aplicável ao mérito da causa, não há regras claras quanto à determinação do mesmo. No entanto, das tendências que se apresentam para tanto, duas merecem destaque.

A primeira delas, manifestada pela jurisprudência arbitral e pelos regulamentos dos principais centros de arbitragem, como o da Câmara do Comércio Internacional (CCI) e da *American Arbitration Association* (AAA)⁴⁴⁵, é a adoção do critério das *regras mais apropriadas ao litígio*. Porém, o que se entende por esse critério?

⁴⁴³ Nada impede, no entanto, que as partes façam uma remissão global ao Direito de um Estado, o que anbrange o Direito de Conflitos deste Estado.

⁴⁴⁴ Lima Pinheiro, op. cit., 2008, pág. 411.

⁴⁴⁵ Nº 1 do art. 17º do Regulamento de Arbitragem CCI; nº 1 do art. 28 do Regulamento de Arbitragem Internacional AAA.

No entendimento de LIMA PINHEIRO⁴⁴⁶, o critério das regras mais apropriadas ao litígio é “um critério muito flexível, que permite aos árbitros ter em conta o conjunto das circunstâncias do caso concreto e atender a todos os pontos de vista juridicamente relevantes. A idéia de apropriação permite uma ponderação de interesses e uma consideração do conteúdo específico das questões jurídicas a resolver”.

Além de observar os laços que o litígio possa vir a estabelecer com países diversos, o árbitro pode, no momento de determinar o Direito aplicável, levar em consideração o conteúdo material dos Direitos em causa. Esse critério confere liberdade para que os árbitros optem por remeter a um Direito interno ou a regras de direito extra-estaduais. Antes, porém, devem ser observados pelos árbitros os usos e costumes do comércio internacional. É o que prevê o nº 2 do art. 17 do Regulamento de arbitragem da CCI, quando diz que na determinação das regras de direito aplicáveis ao mérito, “o Tribunal Arbitral levará em consideração os termos do contrato e os usos e costumes comerciais pertinentes”. Além de prevista pelos regulamentos dos centros de arbitragem, tal regra ainda encontra respaldo na unificação internacional do Direito da arbitragem transnacional e na jurisprudência arbitral.

Ressalte-se que tal afirmação não significa que o tribunal arbitral poderá adotar um exclusivo sistema de escolha em função do resultado material. A solução final alcançada pelo árbitro deverá, na medida do possível, se mostrar previsível e corresponder às expectativas razoáveis das partes, o que exige a devida consideração dos laços existentes entre a relação contratual e os Estados em presença⁴⁴⁷. Da mesma forma, a análise do conteúdo dos Direitos em questão não deverá se fundamentar na preferência subjetiva dos árbitros.

Não há, apesar disso, uma limitação desta escolha pelas expectativas justificadas e hipotéticas das partes. O tribunal arbitral pode dispor de elementos que não seriam acessíveis as partes e apreciá-los sob uma perspectiva própria, sem que tenha que se fundamentar no fato de que estes seriam os critérios possivelmente utilizados pelas partes. Isso porque a tutela dos interesses legítimos das partes não configura a única finalidade político-jurídica a ser sopesada, sobretudo no que diz respeito à referência a normas imperativas individualizadas⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Lima Pinheiro, op.cit., 2008, pág. 411.

⁴⁴⁷ Lima Pinheiro, op. cit., 2004, p. 527 *apud* Derains/Schwartz, 1998, p. 223.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 529.

Sendo assim, no momento de se determinar as regras mais apropriadas a um litígio surgido na esfera de um contrato “chave na mão”, os árbitros poderão, através de uma avaliação objetiva, aplicar um regime que vigore em num dos países em contato com o contrato e que seja mais desenvolvido e adaptado às circunstâncias da relação em causa. Poderá também optar pela *lex mercatoria* ajustada à área da construção civil, integrada por códigos de condutas e modelos contratuais elaborados por associações comerciais ou profissionais, coletâneas privadas de princípios jurídicos e usos do mercado que regulam situações constituídas nesta área do comércio.

Ainda que não pareça recomendável um excessivo fracionamento do Direito aplicável, o critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio permite ainda que sejam feitas referências parciais a normas e princípios de diferentes sistemas ou mesmo de fontes autônomas.

A outra tendência da jurisprudência arbitral e das legislações nacionais que merece destaque no que diz respeito à determinação do Direito aplicável é a que se baseia no critério dos laços mais especiais ou mais estreitos da relação controvertida com os Estados em presença. Quanto a este critério, é possível afirmar que ele concede menor margem de apreciação ao tribunal arbitral ao vincular o mesmo a conferir maior importância aos laços objetivos de “localização”⁴⁴⁹. É o que ocorre, por exemplo, com algumas decisões que favorecem a aplicação do Direito da residência, sede ou estabelecimento do vendedor em matéria de comércio internacional de mercadorias. Transportando este critério para os contratos “chave na mão”, teríamos situação parecida com aquela que se apresenta pela norma de conflitos aplicada pelos tribunais estaduais, ou seja, a decisão penderia, em primeira linha, à lei do país de estabelecimento da sociedade de engenharia ou a lei do lugar onde está situado o imóvel.

Não obstante, em qualquer caso, como já afirmado anteriormente, deverá o tribunal arbitral ponderar os princípios gerais de direito, além de determinados “princípios” fundamentais comuns aos sistemas nacionais envolvidos, que integram a chamada *ordem pública transnacional da arbitragem*⁴⁵⁰.

Importa ressaltar que, na determinação do Direito aplicável, os tribunais arbitrais não podem ser reger exclusivamente por regras e princípios autônomos. Neste sentido,

⁴⁴⁹ Pinheiro, Luis de Lima. *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional*, in Estudos de Direito Comercial Internacional, Vol. I, 2004, p. 26.

⁴⁵⁰ Sobre a noção de ordem pública transnacional, ver Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 547 – 557.

as diretrizes sobre a determinação do Direito aplicável, dispostas por regras internas de Estados que apresentem laços juridicamente relevantes com a arbitragem e nos quais a decisão provavelmente venha a ser executada, devem ser levadas em conta. Tal entendimento é até certo ponto referendado por Regulamentos de importantes centros de arbitragem, como o da CCI (art. 35º) e da LCIA (art. 32º/2).

Por outro lado, isso não significa que o tribunal arbitral deve aplicar as diretrizes estaduais toda vez que o seu hipotético não acatamento possa de alguma forma comprometer a exequibilidade da decisão arbitral. Mais do que isso, a importância e o interesse de uma decisão válida e exequível deve ser equilibrada e ponderada em conjunto com outros interesses das partes e dos Estados envolvidos⁴⁵¹.

As diretrizes mencionadas poderão ser relacionadas tanto a regimes especiais de Direito Internacional Privado da arbitragem quanto ao Direito conflitual geral quando no sistema jurídico em questão este Direito dos Conflitos for aplicável de forma inequívoca à arbitragem transnacional. No mesmo sentido, deverão os árbitros, além de respeitar as exigências de ordem pública transnacional, observar as normas de conexão especial que perante aqueles sistemas jurídicos conduzem a aplicação de normas e regimes imperativos. Por outro lado, também deverão ser atendidas as diretrizes supraestaduais emanadas de organizações internacionais de âmbito universal ou de organizações regionais nos casos em que o litígio esteja dentro do seu âmbito de eficácia.

Neste ponto, é notável a evolução das próprias legislações nacionais no sentido de enquadramento da arbitragem transnacional, adotando normas especiais de conflito que as colocam em sintonia com as soluções desenvolvidas pela jurisprudência arbitral e pelos regulamentos das principais instituições de arbitragem⁴⁵².

O Direito português parece seguir o mesmo caminho. Perante este, é permitido, sem qualquer restrição, a escolha pelas partes do Direito aplicável, de acordo com o art. 52.º/1 da nova Lei de Arbitragem Voluntária. Sendo assim, será válida a remissão ao Direito interno, Direito Internacional Público ou a uma convenção internacional de Direito material unificado, desde que se trate de Direito objetivo. Por outro lado, se a opção das partes recair sobre a *lex mercatoria*, devem elas se ater aos seus princípios e regras que efetivamente vigorem.

⁴⁵¹ Cf. Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), 492.

⁴⁵² Lima Pinheiro, op. cit., 2008, pág. 412.

A liberdade de escolha da *lex mercatoria* se fundamenta geralmente na possibilidade de se optar pelo julgamento de equidade na arbitragem voluntária, o que é uma realidade perante o ordenamento jurídico português, conforme se extrai do art. 39º/1 da NLAV. Isso porque, seguindo aqui o entendimento de *LIMA PINHEIRO*, a partir do momento em que se admite o julgamento de equidade, não há razão para que seja negada a possibilidade de decidir a causa com fundamento exclusivo em fontes *extra-estaduais*, como são os usos e costumes do comércio internacional, ou ainda, em princípios e modelos de regulação consagrados na prática do comércio internacional, desde que sejam respeitados os princípios gerais de Direito e os princípios fundamentais comuns aos sistemas estaduais em questão.

Já nos termos do art. 52º/2 da NLAV, na falta de escolha pelas partes, o tribunal arbitral aplicará o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita.

O texto deste artigo apresenta uma notável diferença em relação ao texto da antiga Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto)⁴⁵³. Enquanto o critério adotado, pela revogada Lei, para a determinação do Direito aplicável na falta de escolha das partes, era o das "regras mais apropriadas ao litígio", o texto da NLAV se apoia no critério da "conexão mais estreita" para tanto. Para além disso, note-se que o art. 52º/2 faz uso da expressão "*direito do Estado* com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita". Diante disso, conclui-se que, ao menos nesse ponto, houve considerável retrocesso da nova lei de arbitragem voluntária portuguesa em comparação com a sua antecessora.

Em primeiro lugar, com base no exposto anteriormente, é possível afirmar que o critério consagrado na NLAV confere menor margem de apreciação ao tribunal arbitral na escolha da lei aplicável, à medida em que deverão ser atendidos *laços de localização* do objeto do litígio com os Estados em presença e, consequentemente, uma menor abertura à considerações jurídico-materiais das circunstâncias do caso concreto será dada a este tribunal para que o mesmo busque a solução mais adequada.

Em segundo lugar, o art. 52.º/2 NLAV efetivamente vincula o tribunal arbitral, na omissão das partes, a aplicar um Direito estadual, o que representa um retrocesso

⁴⁵³ Com relação aos traços essenciais da nova Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, ver: Leite, António Pinto, *A Nova Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, nº 33, Jan-Fev-Mar 2012, p. 83.

relativamente à LAV de 1986, a qual mencionava apenas que o tribunal aplicaria “o direito mais apropriado ao litígio” na falta de escolha das partes.

De qualquer maneira, deve-se ter em mente que, a primeira vista, não parece excluída uma interpretação segundo a qual o tribunal arbitral pode fazer referência a mais de um Direito estadual relativamente a diferentes aspetos do objeto do litígio.

Somado a isto, deve-se também levar em conta que o art. 52º/3 da NLAV dispõe que, tanto nos casos em que as partes procedem à escolha da lei aplicável quanto nos casos em que a escolha recai sobre o Tribunal Arbitral, este último deverá tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes.

No Brasil, como destacado oportunamente, a autonomia da vontade não é admitida como regra de conexão em matéria obrigacional no direito internacional privado. Não obstante, como veremos, o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem brasileira consagra o princípio da autonomia da vontade para a determinação do direito aplicável ao mérito da causa. Sendo assim, antes de mais nada cumpre observar como se relacionam estas duas normas potencialmente conflitantes e qual o âmbito de incidência de cada uma.

O art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao dispor que “para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei de onde elas se constituírem”, estabelece uma regra obrigatória a ser observada pelas partes e pelo juiz quando este, fora do contexto arbitral submetido à Lei 9.307/96, tiver que decidir-se a respeito da lei aplicável à relação obrigacional em causa. Ou seja, quando o juiz estadual for invocado a decidir uma controvérsia sobre uma relação obrigacional, dentro, é claro, do âmbito do Poder Judiciário, e tiver que decidir qual será a lei aplicável, esta deverá respeitar a regra do *locus regit actum*, qual seja, a lei do local onde a obrigação se constituiu.

Já no contexto da arbitragem, o art. 2º, parágrafo 1º, da lei de arbitragem brasileira, estabelece que as partes poderão escolher livremente as regras de direito a serem aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Isto significa que, caso recorram à arbitragem como modo de resolução dos litígios surgidos ou que venham a surgir na relação contratual, as partes poderão escolher livremente as regras de direito que pretendem ver aplicadas à controvérsia.

Desta forma, tem-se que o art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o art. 2º, Parágrafo 1º, da lei de arbitragem brasileira convivem de forma harmônica, uma vez que possuem aplicação distinta e com diferentes âmbitos de

incidência. Não há, conseqüentemente, conflito entre estas regras, tendo em vista que convivem de forma pacífica, possuindo destinatários diferentes e disciplinando matérias complementares⁴⁵⁴.

Passando à análise do conteúdo propriamente dito do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 9.307/96, desde logo percebe-se que a redação deste artigo se mostra ambígua.

O uso da expressão “*as regras de direito que serão aplicáveis na arbitragem*” é de certa forma imprecisa e suscita alguma dificuldade de interpretação. Isso porque poderia se sustentar que tal expressão se refere especificamente às regras que regem o procedimento arbitral e não propriamente o fundo da causa. Neste sentido, seria preferível que o legislador brasileiro buscasse inspiração no art. 28, inc. 1 da Lei Modelo da CNUDCI, a qual não permite qualquer interpretação dúbia no que diz respeito à autonomia das vontades na escolha do direito aplicável ao mérito do litígio. De qualquer maneira, a jurisprudência e a maioria da doutrina brasileira tendem a interpretar referido artigo como se tal abrangesse o mérito da causa e não só ao procedimento arbitral isoladamente considerado⁴⁵⁵.

Ultrapassado este problema, uma segunda questão referente à lei de 1996 merece consideração. O artigo ao qual nos referimos faz uso do termo “*regras de direito*”, o que indica que às partes são livres para optar, assim como ocorre perante o sistema jurídico português, pelo Direito interno, Direito Internacional Público ou a uma convenção internacional de Direito material unificado, desde que se assumam a forma Direito objetivo.

De forma a garantir maior extensão ao leque de possibilidades disponíveis às partes, o parágrafo 2º do art. 2º da lei 9.307/96, dispõe que “poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

Ora, o caráter permissivo deste parágrafo, combinado com possibilidade de se optar pelo julgamento de equidade na arbitragem (*caput* do art. 2º), parece não deixar dúvidas de que a remissão à *lex mercatoria* é válida perante a lei de arbitragem brasileira, desde que não haja desrespeito aos princípios gerais de Direito e aos princípios fundamentais comuns aos sistemas estaduais em questão, assim como aos

⁴⁵⁴ Basso, op. cit., p. 202.

⁴⁵⁵ Lee, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Juruá Editora, 1ª Ed., vol. 4, Curitiba, 2004, p. 177.

bons costumes e à ordem pública, como exige expressamente o parágrafo 1º do mesmo artigo.

Não obstante, na falta de manifestação de vontade das partes quanto ao direito aplicável ao mérito do litígio, situação em que caberá ao tribunal arbitral à decisão quanto à lei aplicável, abre-se uma lacuna perante o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque não há na lei 9.307/96 qualquer menção relativa ao poder dos árbitros de escolher o direito aplicável e muito menos quais as diretrizes em que tal escolha deverá ser pautada.

Trata-se, na verdade, de omissão conforme ao plano do sistema, que busca solução em dois entendimentos possíveis. Conforme o primeiro deles, os árbitros devem aplicar o Direito de Conflitos geral aplicável pelos tribunais estaduais.

No entanto, em uma visão mais moderna da arbitragem transnacional, consonante com as tendências da jurisprudencial arbitral, tem-se que, independente do lugar da arbitragem, o tribunal arbitral não possui foro específico e, conseqüentemente, não está vinculado à aplicação de uma lei nacional, nem a um sistema de conflitos determinado, inclusive o Direito de Conflitos geral do Estado onde ele tem sede. Sendo assim, nos posicionamos aqui de maneira favorável ao entendimento de *BOSCO LEE*, segundo o qual, perante o Direito brasileiro, na falta de designação pelas partes do direito aplicável ao mérito da arbitragem, o árbitro é livre para determinar o direito aplicável ao mérito do litígio, baseando-se para tanto no critério das *regras mais apropriadas ao litígio*⁴⁵⁶.

Os árbitros terão, desta forma, inteira liberdade na determinação do Direito aplicável na falta de designação pelas partes, desde que fundamentem essa determinação segundo um critério racional. E seguindo-se este entendimento, o critério das regras mais apropriadas ao litígio, pela flexibilidade que proporciona, se mostra de fato o mais adequado. Não se descarta, porém, a adoção de um critério mais restritivo como o da conexão mais estreita.

Tal solução revela-se mais harmônica com as tendências de evolução do Direito da Arbitragem Transnacional que se manifestam, particularmente, na lei brasileira de arbitragem. A lei 9.307/96, em seu artigo 21, § 1º, dá total liberdade ao tribunal arbitral para que este discipline o procedimento arbitral quando não haja estipulação pelas

⁴⁵⁶ Lee, op. cit., p. 182.

partes. Destarte, a nosso ver, nada justifica a adoção de solução diversa no que se refere à determinação do Direito aplicável ao mérito.

22.3. Arbitragem Multipartes

A arbitragem multipartes ocorre quando houver mais de duas partes envolvidas no litígio. Há ainda a possibilidade de haverem vários demandantes e vários demandados, com interesses coincidentes de um lado e de outro, respectivamente. Assim, a definição de arbitragem multiparte deve referir-se não somente aos casos em que existem mais de duas partes envolvidas, como também, nos casos em que há mais de duas partes com interesses conflitantes⁴⁵⁷.

Como já mencionado anteriormente, nos contratos internacionais “chave na mão” é comum que existam mais de duas partes envolvidas no desenvolvimento do projeto, da mesma maneira que pode existir uma cadeia de contratos relacionados ao mesmo.

Nessas situações, um ponto importante a ser levado em consideração ao elaborar-se a convenção de arbitragem é o *litisconsórcio* ou *consolidação* das disputas. Pensemos na seguinte situação: a sociedade de engenharia, em um contrato “chave na mão” em que existam subcontratos, dotados ou não da cláusula *back-to-back*, poderá desejar uma consolidação dos litígios referentes ao contrato principal com aqueles referentes aos subcontratos (ou vice versa), naquelas situações em que uma decisão arbitral relacionada a um contrato pode ter efeitos diretos nos demais⁴⁵⁸.

A vantagem de se garantir previamente a possibilidade da criação de um litisconsórcio em tais situações é a de que todas as partes que possuam alguma ligação com o objeto do litígio poderão se manifestar perante o tribunal arbitral, garantindo melhor poder de apreciação a este tribunal e evitando maiores gastos financeiros e de tempo que seriam despendidos para discutir as mesmas questões em arbitragens diferentes. Adicionalmente, há também a vantagem de se evitar o risco de que tribunais arbitrais distintos profiram decisões divergentes quanto aos mesmos fatos⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Caprasse, Olivier; *A Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragem Multiparte*, Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 8, p. 83.

⁴⁵⁸ Jenkins/Stebbing, op. cit., p. 85.

⁴⁵⁹ Ibid, p. 85/86.

O Regulamento de arbitragem da CCI, em seu art. 9º, prevê expressamente a possibilidade de se consolidar litígios oriundos de contratos diversos em uma única arbitragem:

Article 9: Multiple Contracts

Subject to the provisions of Articles 6(3)–6(7) and 23(4), claims arising out of or in connection with more than one contract may be made in a single arbitration, irrespective of whether such claims are made under one or more than one arbitration agreement under the Rules.

O art. 10º do mesmo regulamento é complementar ao artigo acima mencionado, dispondo que a Corte poderá, diante do requerimento de uma parte, consolidar duas ou mais arbitragens pendentes, submetidas ao Regulamento, em uma única arbitragem, quando: a) as partes tenham concordado com a consolidação; b) todas as demandas sejam formuladas com base na mesma convenção de arbitragem; ou c) caso as demandas sejam formuladas com base em mais de uma convenção de arbitragem, as arbitragens envolvam as mesmas partes, as disputas nas arbitragens sejam relacionadas à mesma relação jurídica, e a Corte entenda que as convenções de arbitragem são compatíveis.

De qualquer forma, caso as partes envolvidas em um contrato “chave na mão” decidam pela consolidação arbitral dos litígios que sobrevierem em diferentes contratos, deverão elas mencionar esta opção em cada um dos contratos separadamente ou optar por formular um acordo de agrupamento, conhecido pelo termo anglo-saxão *umbrella agreement*, que irá estabelecer em quais hipóteses a consolidação da arbitragem poderá ocorrer e como irá ser o procedimento para tanto.

Importante considerar que em ambos os casos, o trabalho de elaboração da convenção de arbitragem pode revestir natureza complexa e o dever de confidencialidade deve ser respeitado. Neste sentido, *JENKINS* destaca o seguinte:

“Both the preparation and drafting of consolidation provisions in various contracts, and drafting of a separate umbrella dispute resolution agreement, will usually be very complex in nature and usually requires specialist advice.”

*It will also be necessary to ensure that any confidentiality provisions in the contracts in question are not compromised as a result of the consolidation/joinder provisions or stand alone dispute resolution agreement.*⁴⁶⁰

23. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

O gerenciamento eficaz de complexos contratos de engenharia, como são os contratos “chave na mão”, exigem que as disputas surgidas em seu âmbito sejam resolvidas de forma justa, célere e eficiente.

A par dos métodos mais tradicionais de resolução de disputas, nomeadamente a litigação perante os tribunais Estaduais e a arbitragem, outros sofisticados métodos de resolução de litígios foram desenvolvidos nas últimas décadas.

Essencialmente, estes métodos se traduzem na designação pelas partes de uma terceira pessoa neutra para conduzi-los a um acordo aceitável por ambas. Geralmente conhecidos pela sigla *ADR* (*Alternative Dispute Resolutions*), tais métodos buscam encorajar e demonstrar às partes os pontos fracos dos seus próprios argumentos e os pontos fortes do argumento da parte contrária, além de trazer à tona a amplitude das implicações comerciais que podem advir do litígio. Desde logo pode-se notar uma grande diferença entre os “modos alternativos de resolução de litígios” e à arbitragem voluntária, a qual, como vimos anteriormente, corresponde a um modo jurisdicional de resolução de controvérsias em que o tribunal arbitral exerce poder de autoridade, decidindo a controvérsia de forma unilateral e vinculativa para as partes.

Os *ADRs* não se ocupam necessariamente dos méritos da disputa. Isso significa que eles não irão perseguir uma análise detalhada e abrangente dos fatos ou questões jurídicas ou técnicas envolvidas, mas simplesmente chegar a uma solução comercial satisfatória para as partes envolvidas. A maior eficácia destes métodos é atingida justamente quando as partes demonstram um legítimo interesse em manter em manter um relacionamento de longo prazo com os demais envolvidos.

Um grande número de métodos alternativos de solução de disputas pode ser encontrado no cenário do comércio internacional, sendo a preferência por cada um deles variável conforme o setor em causa. No campo dos contratos internacionais de engenharia, mais especificamente no que se refere aos contratos internacionais “chave

⁴⁶⁰ Jenkins/ Stebbings, op. cit., p. 86.

na mão”, os métodos de maior relevância, sobretudo pela opção indiada nos modelos contratuais aos quais temos dado atenção, são os chamados *Dispute Boards* e *Dispute Adjudication*. Não há que se descartar também, a opção pela mediação nestes contratos.

Sendo assim, ainda que não nos caiba um estudo detalhado de cada uma desses métodos alternativos de solução de litígios, é importante definirmos os traços gerais de cada um destes institutos e observarmos a importância de cada um deles perante os contratos internacionais “chave na mão”.

23.1 Mediação/Conciliação

Talvez o mais conhecido dos “métodos alternativos de resolução de litígios” seja a mediação ou conciliação. Ainda que haja alguma resistência na doutrina quanto a similaridade entre as duas expressões, não há critérios claros que as distingam e, portanto, a conciliação será tida aqui como sinônimo de mediação⁴⁶¹.

Segundo o entendimento de *MOORE*, a mediação pode ser definida como a interferência de uma terceira pessoa (mediador) em uma negociação ou em um conflito, com poderes de decisão limitados ou não autoritários, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável, com relação às questões em disputa⁴⁶².

De forma mais sintética, *SLAIKEU* conceitua mediação como “o processo pelo qual uma terceira parte auxilia duas ou mais partes a alcançarem soluções próprias acerca de uma ou mais questões.”⁴⁶³

Como forma de evitar os avultados custos e a demora natural da arbitragem ou, de forma ainda mais acentuada, dos tribunais estaduais, os operadores do comércio internacional tem buscado a mediação como forma de resolver seus diferendos, deixando para recorrer à arbitragem somente no caso de insucesso das tentativas de conciliação. Com especial evidência nos mercados norte-americano e asiático, a mediação apresenta uma série de vantagens em relação à litigação perante os tribunais estaduais e, em alguns casos, em relação à própria arbitragem.

⁴⁶¹ Neste contexto afirma Jenkins/ Stebbings: “*There is no consistently recognized distinction between the process of mediation and conciliation*”. Op. cit, p. 60. No mesmo sentido ver: Lima Pinheiro, op. cit., 2005 (a), p. 349.

⁴⁶² MOORE, Christopher W, *O Processo de Mediação*, 2ª. ed. Porto Alegre, Ed. Artmed, 1998, p. 28.

⁴⁶³ SLAIKEU, Karl A, *No Final das Contas: um manual prático para mediação de conflitos*, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 23.

Vejamos algumas destas vantagens⁴⁶⁴: a) evita litigações prematuras em casos de simples desentendimentos entre as partes; b) uma maior variedade de opções de acordo pode ser atingida por meio da mediação além de pagamentos de indenizações monetárias, incluindo ações específicas muitas vezes não disponíveis ao juízes ou árbitros; c) confidencialidade; d) em comparação com os processos litigiosos, a mediação é uma maneira mais barata de resolução da disputa; e) dá as partes maior controle sobre o processo e o seu respectivo resultado, dando as partes maior liberdade para moldar o processo de mediação; f) menor burocracia em razão da sua informalidade e flexibilidade; g) maior efetividade em manter a continuidade das relações comerciais entre as partes; h) a mediação pode ocorrer em paralelo ao processo litigioso ou as partes podem optar por suspender o mesmo enquanto durar a mediação; i) e por último, é claro, a rapidez, tendo em vista que o acordo resultante do processo de mediação pode ser atingido em poucas semanas ou mesmo em poucos dias.

Diante desta perspectiva geral das suas características, é possível afirmar que a mediação pode ser particularmente interessante para solucionar divergências surgidas em um contrato “chave na mão”. Em construções de grande porte, os atrasos ou mesmo a suspensão da execução do projeto causados pela demora em se obter uma decisão judicial ou arbitral a respeito de um litígio que venha a emergir pode causar sérios danos as partes. Por um lado, o cliente vê o seu planejamento original e a sua expectativa de lucro seriamente ameaçados, tendo em vista que a incerteza sobre os prazos de conclusão do projeto podem impedi-lo de captar clientes e celebrar contratos futuros que dependam do funcionamento efetivo do complexo industrial. O próprio envolvimento de investidores no projeto reforça a obrigação de cumprimento dos prazos estipulados. Da mesma forma, os valores envolvidos na execução do projeto tendem a crescer na medida em que sofrerão acréscimos referentes aos custos de armazenamento e reparo dos materiais já adquiridos. Por outro lado, a sociedade de engenharia pode se ver privada de se envolver em novos projetos enquanto não concluir aquele em andamento. Sem ser taxativo, pode-se ainda citar o desgaste decorrente de uma longa disputa perante tribunais estaduais ou arbitrais e que irá gerar consequências tanto na relação entre as partes como na própria imagem das mesmas perante os agentes do comércio internacional.

⁴⁶⁴ Cf. Jaeger/ Stebbings, op. cit., p. 395.

Assim, na tentativa de evitar os percalços naturais de uma litigação, a mediação aparece como uma alternativa bastante interessante no campo dos contratos de engenharia, sobretudo por já se tratarem em regra de contratos complexos e que só ganhariam maior complexidade na falta de acordo entre as partes sobre as divergências surgidas.

Não a toa, o *White Book* da FIDIC (*Client/Consultant Model Services Agreement*) recomenda o procedimento de mediação da CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution)⁴⁶⁵ para a resolução de litígios oriundos de contratos de consultoria.

A CNUDCI adotou, em 1980, o seu Regulamento de Conciliação, inclusive tendo o mesmo sido recomendado aos operadores do comércio internacional por uma Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 4 de Dezembro de 1980. Posteriormente, a CNUDCI publicou ainda uma Lei-Modelo sobre a Conciliação Comercial Internacional.

Nesta esteira, há que se dizer que grande parte dos mais importantes centros de arbitragem e organizações internacionais também adotaram dispositivos de conciliação. A CCI, por exemplo, adotou em 2001 o Regulamento ADR, substituindo o Regulamento de Conciliação Opcional de 1988 e permitindo às partes que estipulem o procedimento de resolução de controvérsias que entendam mais adequado (art. 5º/1). Inexistindo consenso entre as partes quanto à técnica de solução amigável a ser utilizada, a mediação será adotada (art. 5º/2).

Caberá às partes decidirem se a mediação (ou outro método alternativo de resolução de litígio) deverá ser obrigatoriamente considerada pelas partes diante de qualquer conflito oriundo do contrato ou se a utilização de tal método será apenas opcional na insurgência do conflito. O Regulamento ADR da CCI inclusive sugere duas cláusulas padrões diferentes no que se refere à utilização das ADRs, uma prevendo a obrigatoriedade de consideração das mesmas e outra considerando-as apenas opcionais.

Quanto às legislações nacionais, merece destaque a recente Lei nº 29/2013, de 19 de abril, que estabelece “os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública”. Nela são estabelecidos os princípios que devem nortear

⁴⁶⁵ Baseada em Londres, a CEDR foi fundada em 1990 como uma organização sem fins lucrativos, com o apoio da Confederation of British Industry (CBI) e de algumas associações e empresas comerciais e jurídicas britânicas, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento e a utilização dos métodos alternativos de resolução de disputas. O seu centro de treinamento de mediadores (CEDR Mediator Training Skills) é amplamente reconhecido como um dos melhores do mundo.

qualquer mediação que ocorra em território português (arts. 3º a 9º) e são definidos os procedimentos e requisitos necessários para homologação do acordo obtido em conciliação (art. 14º), além de estipular o procedimento de mediação (art. 16º a 22º) e o estatuto dos mediadores (art. 23º a 29º).

No Brasil, já estiveram em trâmite dois Projetos de Lei no Congresso Nacional, para regulamentar a Mediação. O primeiro é o Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, cujo objetivo era institucionalizar e disciplinar a Mediação como “Método de Prevenção e Solução Consensual de Conflitos”. O segundo projeto foi proposto em 2001, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido pelos reconhecidos juristas Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover. Considerado como adequado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o projeto de Lei institucionalizava e disciplinava a “Mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no Processo Civil”⁴⁶⁶. Contudo, o Projeto de Lei que atualmente tramita no Congresso Nacional é o *Substitutivo (PLC 94/02)*, de autoria do Senador Pedro Simon, que institui a Mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil. O *Substitutivo PLC 94/02* é fruto da fusão das duas propostas anteriormente mencionada.

De qualquer forma, ainda que não exista perante a legislação brasileira um diploma específico da mediação, outros dispositivos fazem menção direta ao instituto. Isso ocorre através de um ponto de contato existente entre a arbitragem e a mediação, bastante frequente na arbitragem transnacional e que se traduz na suspensão do processo arbitral para que as partes negociem entre si por meio de uma transação promovida ou facilitada pelos árbitros. Caso se chegue a um acordo amigável, a transação poderá ser homologada por uma decisão arbitral com valor jurisdicional. Essa hipótese é comparável ao acordo celebrado perante os tribunais estaduais e está expressamente prevista na legislação arbitral brasileira, em seu art. 28º. Semelhante previsão também pode ser encontrada na Lei-Modelo da CNUDCI (art. 30º) e em outros regulamentos de centros de arbitragem, como o da CCI (art.32º) e o da LCIA (art. 26º/8).

⁴⁶⁶ O projeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual previa que os mediadores seriam obrigatoriamente advogados, com pelo menos três anos de experiência, formados e selecionados pela Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 11º e 12º). Tais profissionais receberiam honorários fixados segundo o valor atribuído à causa e pagos pelo autor.

23.2 Os “Dispute Boards”

O *Dispute Board*, nas suas diferentes formatações possíveis, tem sido adotado com grande sucesso nos Estados Unidos e na Europa. Utilizados em um primeiro momento somente para grandes projetos de infraestrutura, atualmente tem sido cada vez mais comum o recurso aos *Dispute Boards* em obras comerciais e industriais, mesmo naquelas de menor valor.

No Brasil a sua utilização ainda não se encontra de todo difundida. Não obstante, é inevitável que com o tempo seja cada vez mais comum a sua previsão em contratos de engenharia. Com o volume e a quantidade de obras industriais e de infraestrutura aumentando exponencialmente e com a consequente necessidade de financiamento por parte de instituições financeiras e de fomento internacionais, as quais recomendam ou mesmo exigem a utilização dos *Dispute Boards* nas obras que financiam, o recurso a estes mecanismos fatalmente deixará de ser uma exceção em território brasileiro.

O termo *Dispute Board* é genérico e indica uma variedade de diferentes modalidades através das quais as partes em um contrato nomeiam conjuntamente um ou mais indivíduos independentes e imparciais para atuar tanto na prevenção de litígios que possam vir a surgir ao longo da execução do contrato, quanto na resolução destes, caso não seja possível evitá-los⁴⁶⁷. Na definição do *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), *dispute board* é um comitê formado por profissionais imparciais, instituído no início da execução do contrato com o objetivo de acompanhar o progresso da construção, encorajando as partes a evitar disputas e auxiliando na resolução de litígios durante o período de duração dos trabalhos⁴⁶⁸.

O conceito de *Dispute Board* tem origem nos Estados Unidos, onde tem sido utilizado por mais de 40 anos como um meio de evitar e resolver conflitos em grandes obras de engenharia civil, particularmente naqueles surgidos durante a construção de barragens, hidrelétricas e contratos para construções subterrâneas⁴⁶⁹. Em 1972, neste país, um estudo foi desenvolvido pelo *National Committee on Tunnelling Technology*

⁴⁶⁷ Baker et. al., op. cit., p. 507.

⁴⁶⁸ Tradução livre do conceito divulgado na Seção 1, item 1.1, p. 1, do DRBF Practices and Procedures Manual, disponível no sítio eletrônico da instituição: «http://www.drb.org/manual_access.htm». O texto original possui a seguinte redação: “A simple description of a DRB is that it is a board of impartial professionals formed at the beginning of the project to follow construction progress, encourage dispute avoidance, and assist in the resolution of disputes for the duration of the project.”

⁴⁶⁹ Chapman, Peter, *Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*, DRBF Conference Brussels, November 2011, p. 3. Disponível em:
«<http://www.drbconferences.org/documents/brussels2011/1ChapmanPaper.pdf>»

em busca de evoluções nas práticas contratuais até então adotadas. Como resultado, foi publicado em 1974, um documento denominado “*Better Contracting for Underground Construction*”, no qual foram apontadas algumas das consequências negativas trazidas pelas disputas e litígios no contexto destes contratos. O estudo concluiu que as práticas de contratação nos Estados Unidos formavam um sério obstáculo para a contenção dos custos nos contratos de construção e para a prevenção de disputas oriundas destes.

A repercussão da publicação deste documento, aliado a busca por meios mais efetivos de prevenção e resolução de litígios nos contratos de construção, fez com que, em 1975, durante a construção do *Eisenhower Tunnel*, no Colorado/EUA, o *Dispute Board* fosse utilizado pela primeira vez na indústria da construção subterrânea. Os benefícios que a abordagem dos DBs proporcionou foram amplamente reconhecidos e apreciados pelas partes contratantes, tornando o caso “*Eisenhower Tunnel*” um modelo de sucesso que foi imitado em diversos projetos posteriores nos Estados Unidos⁴⁷⁰.

Em âmbito internacional, a utilização estendida deste mecanismo de resolução de litígios se deve, principalmente, à sua adoção pelos modelos contratuais publicados pela FIDIC e também pelo Banco Mundial, através do *Standard Bidding Documents for Procurement of works*. Não se pode desconsiderar também que, mais recentemente, no ano de 2004, a CCI publicou o *ICC’s Dispute Board Rules.*, dando ainda mais força internacional ao referido mecanismo.

Por se tratar de um método alternativo de resolução de litígios especialmente útil e adaptado aos contratos de engenharia e, consequentemente, de grande importância no que se refere aos contratos internacionais “chave na mão”, cumpre-nos tecer alguns comentários mais detalhados a respeito dos *Dispute Boards*, começando pela diferenciação entre suas diferentes configurações.

23.2.1 *Dispute Review Boards, Dispute Adjudication Boards e o Combined Dispute Board*

A principal diferença entre as duas principais configurações nas quais podem se apresentar os DBs reside no caráter vinculativo das suas decisões ou recomendações.

O *Dispute Review Board* (DRB) é formado por uma comissão independente de peritos, designados pelas partes, que acompanha de perto o desenvolvimento do projeto,

⁴⁷⁰ Cf. Seção 1, item 1.1, p. 2, do *DRBF Practices and Procedures Manual*; e Chapman, Peter, artigo citado, p. 3.

de forma que, surgindo uma disputa, apresenta-se apta a apresentar, por escrito, recomendações para sua efetiva resolução. Estas recomendações não vinculam as partes, mas podem ter força obrigatória até o fim da execução do projeto caso as partes assim prevejam no contrato ou em algumas circunstâncias especiais previstas por regulamentos de *Dispute Board*⁴⁷¹. Podem, ainda, servir como meio de prova em procedimentos arbitrais ou judiciais que venham a ser instaurados posteriormente⁴⁷². Assim, os DRBs consistem fundamentalmente num procedimento através do qual um perito, sem poder decisório, fornece uma opinião fundamentada a respeito do caso que se apresenta.

O *ICC Dispute Board Rules*, em seu artigo 4º, nº 1 e 2, deixa bem claro, ao definir os DRBs, que estes emitem “recomendações” que as partes podem cumprir voluntariamente, mas que não são obrigadas a fazê-lo.

Por outro lado, o *Dispute Adjudication Board* (DAB), diferentemente do que acontece com o DRB, profere uma decisão referente ao mérito da disputa e que vincula as partes temporariamente, até que sobrevenha uma decisão arbitral ou de um tribunal estadual que a substitua. Apesar de se tratar de um meio mais recentemente desenvolvido, o *adjudication* tende a ser um dos processos de resolução de diferendos mais satisfatórios e adequados aos contratos internacionais “chave na mão”, assim como à grande parte dos contratos de engenharia, sobretudo pela sua efetividade e por permitir que a realização do projeto prossiga sem grandes atrasos⁴⁷³.

Segundo o *ICC Dispute Board Rules*, em seu art. 5º, nº 1 e 2, o DAB emite “decisões” referentes às disputas, as quais vinculam as partes a partir do momento em que são recebidas por estas⁴⁷⁴.

Não se descarta ainda, a possibilidade de dar ao *Dispute Board* uma formatação híbrida. É o que prevê o art. 6º do *ICC Dispute Board Rules*, ao estipular que as partes poderão fazer referência aos *Combined Dispute Boards* (CDB). Nos termos do art. 6º, nº

⁴⁷¹ Segundo o nº 3 e nº 5 do art. 4º do *ICC Dispute Board Rules*, uma recomendação emitida por um DRB pode se tornar obrigatória para as partes caso nenhuma delas envie uma notificação por escrito a outra e ao comitê, expressando fundamentadamente sua insatisfação com a recomendação, no prazo de até 30 dias após recebê-la.

⁴⁷² Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 110.

⁴⁷³ Cf. Jaeger/Volkmar, op. cit., p. 396 e Santos Júnior, op. cit., 2009, p. 10 e ss.

⁴⁷⁴ Nos termos dos nº 2, 3, 5 e 6, do art. 5º do *ICC Dispute Board Rules*, no caso de uma das partes não concordar com a decisão proferida, deverá enviar uma notificação escrita à outra parte e ao comitê, fundamentando as suas razões. Neste caso, desde que cumprido o prazo de 30 dias após o recebimento da decisão, a disputa em causa deverá ser definitivamente resolvida pela arbitragem ou por um tribunal estadual. Ainda assim, a decisão do comitê permanecerá obrigatória até que a decisão final arbitral ou judicial seja proferida.

1, do referido regulamento, os CDBs tanto podem emitir recomendações quanto decisões. A regra é que as opiniões proferidas pelo comitê sejam tidas apenas como recomendações. No entanto, caso uma das partes solicite expressamente, sem que haja oposição da outra parte, o comitê irá proferir uma decisão, a qual terá os mesmos efeitos daquelas emitidas nos termos do art. 5º. Caso haja objeção, caberá então ao próprio comitê decidir qual será a natureza da sua decisão, ou seja, se será vinculativa ou não. Para tanto, deverá levar em consideração os seguintes fatores: a) se, devido à urgência da situação ou outras considerações relevantes, uma decisão vinculativa facilitaria a execução do Contrato ou evitaria perdas substanciais ou danos a qualquer das partes; b) se uma decisão é capaz de evitar a interrupção do contrato; e c) se uma decisão é necessária para preservar provas.

De qualquer maneira, seja qual for a formatação escolhida pelas partes, é importante ter em mente que o regime que irá guiar os *Dispute Boards* é inteiramente contratual. Assim, os poderes do comitê e os efeitos das decisões proferidas por este deverão obedecer aos termos do contrato celebrado entre as partes e às condições em que foi feita a nomeação do comitê. Desta maneira, caberá unicamente as partes a sua efetiva estruturação⁴⁷⁵.

23.2.2 Os *Dispute Boards* nos modelos de contrato da FIDIC

Os modelos contratuais elaborados pela FIDIC privilegiam o uso dos *Dispute Boards* em sua configuração de *adjudicação*. Ainda assim, dependendo do modelo contratual em causa, identificam-se dois diferentes procedimentos relacionados aos DABs.

O primeiro deles, previsto no *FIDIC Conditions of Contract for Construction* (“*Red Book*”), é o chamado DAB integral ou permanente (*full-term/permanent*), que compreende a designação, anterior ao início da execução do projeto, de um comitê formado por um ou três membros, que irá acompanhar a evolução dos trabalhos através de visitas regulares ao local da obra. A familiaridade adquirida pelo comitê durante as visitas ao local da obra o torna hábil, ao menos em teoria, a lidar com diferendos ainda

⁴⁷⁵ Neste sentido, o art. 1º do *ICC Dispute Board Rules* dispõe o seguinte: “Dispute Boards established in accordance with the Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce (the “Rules”) aid the Parties in resolving their business disagreements and disputes. They may provide informal assistance or issue Determinations. Dispute Boards are not arbitral tribunals and their Determinations are not enforceable like arbitral awards. Rather, the Parties contractually agree to be bound by the Determinations under certain specific conditions set forth herein. (...)”

em fase embrionária, aumentando a possibilidade de resolvê-los simplesmente incentivando o diálogo entre as partes e evitando que desentendimentos isolados evoluam para verdadeiros litígios⁴⁷⁶.

Trata-se do modelo clássico de *Dispute Board* e o que mais condiz com duas características relevantes atribuídas a este em língua inglesa: “*job-site*” e “*real-time*” *dispute avoidance and adjudication process*⁴⁷⁷. Em uma tradução contextual, poderia se dizer que se trata de um procedimento de resolução de disputas em tempo real, conduzido no próprio local onde o contrato está a ser executado.

Por outro lado, tanto o *Silver Book* quanto o *Yellow Book* da FIDIC preveem um procedimento diferente, a *adjudicação ad-hoc* ou “*ad-hoc DAB*”. Da mesma forma que o comitê permanente, o comitê “ad-hoc” também é composto por um ou por três membros. No entanto, a nomeação deste comitê ocorre apenas após o surgimento do litígio, com a intuito único de resolvê-lo, seja induzindo as partes a chegarem a um acordo, seja emitindo uma decisão provisória e vinculante.

Se por um lado esta formatação “ad-hoc”, por não comportar visitas regulares ao local da obra, não permite uma maior familiarização do comitê com a execução do projeto, por outro, apresenta algumas vantagens em relação ao comitê permanente: a possibilidade de nomeação de peritos especialmente qualificados para a resolução da disputa em questão e a significativa redução de custos em relação aquele.

De qualquer maneira, é importante notar que o fato de se adotar um determinado modelo contratual da FIDIC não significa necessariamente optar pelo procedimento de adjudicação estipulado neste modelo. Cada modelo contratual da FIDIC prevê um método de resolução de disputas que, a princípio e em tese, é mais apropriado para a maioria dos contratos aos quais aquele modelo se destina. Não obstante, na prática, as circunstâncias em que se insere um dado contrato podem fazer com que o procedimento de adjudicação previsto no modelo contratual adotado não seja o mais congruente com a vontade das partes. Sendo assim, novamente caberá as partes, atentas às circunstâncias específicas do contrato, decidir qual será o procedimento a ser adotado⁴⁷⁸.

Feitas estas considerações e tendo em vista que a análise até aqui feita dos contratos internacionais “chave na mão” foram pautada sobretudo no *Silver Book* da

⁴⁷⁶ Cf. Marcondes, Antonio Fernando Mello, *Os Dispute Boards e os Contratos de Construção*, in *Construção Civil e Direito*, Luis Olavo Baptista e Maurício Almeida Prado (org.), Lex Editora, 2013, p. 125.

⁴⁷⁷ Chapman, artigo citado, p. 3.

⁴⁷⁸ Baker et. al, op. cit., p. 509.

FIDIC e no *ICC Model Contract for Major Turnkey Projects*, será o procedimento de *Dispute Board* previsto nestes modelos contratuais que tomaremos em consideração para tecer os comentários seguintes, os quais se ocuparão do rito seguido por este método de resolução de litígios perante as fontes citadas.

23.2.3 O rito dos *Dispute Boards*

Como frisado anteriormente, o *Silver Book* da Fidic prevê um procedimento “ad-hoc” para a adjudicação referente às disputas surgidas durante a execução de um contrato internacional “chave na mão”. Nos termos da sub-cláusula 20.4, se uma disputa de qualquer espécie surgir entre as partes, decorrente ou com conexão com o contrato ou com a execução do projeto, deverá esta ser adjudicada pelo DAB, o qual deverá ter sido nomeado em conjunto pelas partes em até 28 dias após uma das partes notificar a outra sobre sua intenção de submeter a disputa ao *Dispute Board*. Caso haja discordância entre as partes quanto a designação do comitê, caberá então, nos termos da sub-cláusula 20.3, à entidade ou pessoa determinada nas Condições Particulares do contrato efetuar tal nomeação de forma final e conclusiva.

Designado o comitê⁴⁷⁹, caberá então a uma ou ambas as partes submeter os termos do litígio por escrito ao comitê, o qual deverá proferir sua decisão no prazo de até 84 dias contados da data do recebimento do requerimento ou no prazo proposto pelo próprio comitê, caso haja a aprovação das partes⁴⁸⁰.

Proferida a decisão do comitê, abrem-se dois cenários possíveis.

No primeiro deles, ambas as partes aceitam a decisão sem ressalvas, situação na qual a decisão se tornará definitiva e vinculante para as partes, até que seja posteriormente seja revista ou substituída por uma decisão arbitral. Isso ocorrerá quando nenhuma das partes se opuser formalmente à decisão, através de notificação enviada à outra parte ou ao comitê, dentro do prazo de 28 dias após o recebimento da mesma.

⁴⁷⁹ O Comitê poderá ser formado por um ou por três membros, nos termos da cláusula primeira das *General Conditions of Dispute Adjudication Agreement*, que se encontram no apêndice do *Silver Book*. O regulamento da CCI para os *Dispute Boards* contém previsão semelhante no artigo 2º, IV. Segundo MARCONDES (op. cit., p. 136), “em sua maioria, os membros de DBs costumam ser engenheiros com mais de trinta anos de experiência – muitos deles já aposentados – e advogados com pelo menos duas décadas de convivência íntima com o setor de construção”. Ainda, segundo CHERN (op. cit. p., 371), no caso de contratos internacionais, é altamente recomendável que os membros do *Dispute Board* sejam de diferentes nacionalidades.

⁴⁸⁰ Cf. Sub-cláusula 20.4, parágrafo 4º, do *Silver Book* da FIDIC. É possível ainda que o prazo para que seja proferida a decisão seja contado a partir da data de pagamento a que se refere a cláusula 6 das *General Conditions of Dispute Adjudication Agreement*, prevalecendo o que ocorrer depois.

O segundo cenário se forma quando uma das partes não concorda com os termos da decisão ou quando o comitê não respeita o prazo estabelecido para proferir sua decisão. Diante disto, desde que observado o prazo de notificação acima referido, a disputa deverá ser definitivamente resolvida através de arbitragem⁴⁸¹. Antes disso, porém, caberá às partes tentar resolver a disputa de forma amigável, conforme prevê a sub-cláusula 20.5.

Estas não são, porém, as únicas hipóteses em que a disputa será diretamente submetida à arbitragem. Isso ocorrerá também quando o comitê proferir uma decisão que alcance força obrigatória entre as partes, mas que não seja cumprida por uma delas ou ainda na hipótese de surgir um diferendo entre as partes quando já estiver expirado o prazo de mandato do comitê (sub-cláusulas 20.7 e 20.8).

Tem-se, assim, que perante o *Silver Book* da FIDIC, a resolução de litígios passa por três fases sucessivas: um primeiro recurso obrigatório ao *Dispute Adjudication Board*; uma tentativa opcional de conciliação amigável; e finalmente a submissão ao tribunal arbitral⁴⁸².

Já o *ICC Model Contract for Major Turnkey Projects*, em seus artigos 66.2 e 66.3, estabelece que todas as disputas deverão ser submetidas, em primeira instância, ao *Combined Dispute Board* (CDB) designado em conformidade com o Regulamento de *Dispute Boards* da CCI.

Desde já, pode-se portanto identificar duas grandes diferenças entre os procedimentos previstos pelo modelo contratual da FIDIC e da CCI para os contratos “chave na mão”. Enquanto o primeiro, como vimos, estipula um *Dispute Board* “ad-hoc” e num formato de adjudicação, o segundo prevê a designação de um comitê permanente e que poderá proferir tanto recomendações não vinculantes quanto decisões obrigatórias para as partes.

Alguns dos principais aspetos dos CDBs já foram abordados na oportunidade em que foram identificadas as diferentes configurações nas quais os *Dispute Boards* poderiam se apresentar⁴⁸³.

Para além disso, o Regulamento da CCI, em seu art. 16º, estabelece como uma das funções do comitê o auxílio informal na resolução de disputas, seja por meio de

⁴⁸¹ A Sub-cláusula 20.6, a), do *Silver Book* da FIDIC indica que a arbitragem deverá ser conduzida em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CCI.

⁴⁸² Cf. Hernández Rodríguez, op. cit., p. 1803. Apesar da autora se referir ao *Orange Book* da FIDIC, a constatação é plenamente válida também no que se refere ao *Silver Book*.

⁴⁸³ Ver ponto 25.2.1 supra.

reuniões com as partes. Por iniciativa própria ou a pedido de qualquer das partes e em ambos os casos com a concordância destas, o comitê pode auxiliar informalmente as partes na resolução de quaisquer divergências que possam surgir durante a execução do Contrato, seja por meio de visitas regulares ao local da obra. (art. 16^a/1).

Quanto às decisões ou recomendações propriamente ditas, o art. 17^o/1 do Regulamento CCI determina que caberá as partes submeter a disputa ao Comitê por meio de requerimento por escrito (*Statement of Case*), o qual deverá conter: uma descrição clara e concisa da natureza e das circunstâncias da disputa; uma lista de questões que pretende ver decididas pelo comitê, devidamente acompanhada dos argumentos que fundamentam a posição da parte; os documentos que apoiam o posicionamento; os pedidos; e, por último, especificamente no caso dos *CDBs*, a requisição para que o comitê profira uma decisão e as razões pelas quais a parte entende que esta é necessária, em detrimento de uma recomendação não vinculante.

Da data em que o comitê recebe o referido requerimento, passa-se a contar o prazo de 90 dias para que seja proferida a determinação⁴⁸⁴, a não ser que as partes tenham concordado em estender este prazo (art. 20^a/1).

Nos casos em que o comitê profere uma decisão, o Regulamento prevê a possibilidade de revisão desta decisão pela própria CCI. Caso haja tal estipulação contratual, o comitê enviará sua decisão (antes de assiná-la ou de divulgá-la) ao *ICC Dispute Board Centre*, o qual terá 30 dias para realizar as modificações que entender necessárias, as quais, contudo, deverão se referir apenas à aspectos formais da decisão (art. 21^o/2 e art. 22^o).

23.2.4 Considerações finais em relação aos *Dispute Boards*

Por fim, a par das especificidades contidas em cada modelo contratual, parece claro que os *Dispute Boards* são extremamente recomendáveis para os contratos internacionais “chave na mão”. A complexidade e os altos valores monetários que, como restou demonstrado ao longo do presente trabalho, são inerentes a estes contratos, reclamam um método de resolução de disputas que apresente maior interatividade com a execução do contrato em si e que seja hábil a lidar com as circunstâncias específicas que emanam deste.

⁴⁸⁴ De acordo com o art. 2^o do *ICC Dispute Board Rules*, o termo “determinação” pode se referir tanto a uma recomendação quanto a uma decisão do comitê, devendo obedecer à forma escrita em ambos os casos.

Ao mesmo tempo, os custos de uma arbitragem ou de um processo judicial permanecem demasiadamente altos, o que encoraja os operadores do comércio internacional a procurarem meios mais econômicos e efetivos de composição dos litígios surgidos ao longo da relação contratual.

Os *Dispute Boards* vão de encontro a estas exigências, possibilitando um método prático e eficaz de controle das disputas, bem como um meio de evitar que se tornem grandes litígios. De qualquer maneira, a efetividade dos *Dispute Boards* irá depender do nível de compreensão e mesmo de respeito que as partes estabelecem com o comitê. Sem que as partes do contrato estejam conscientes da sua utilidade, eficiência e abrangência, este meio de resolução de litígios dificilmente alcançará os seus principais objetivos. O mesmo ocorrerá quando o *Dispute Board* for recebido como uma mera imposição de um agente financiador da realização do complexo industrial em causa, desperdiçando-se assim um instrumento precioso para a solução de impasses durante a execução do projeto⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Cf. Marcondes, op. cit., p. 126.

CONCLUSÕES

A superação de antigas barreiras físicas e políticas, aliada ao grande impulso gerado pelo desenvolvimento dos meios mais modernos de telecomunicação e transporte, cria o cenário ideal para o desenvolvimento do comércio internacional. As fronteiras entre Estados já não mais representam barreiras aos operadores do comércio internacional: antes do que isso, são vistas como novas oportunidades de negócios. Neste sentido, o desenvolvimento das relações comerciais internacionais ultrapassa a perspectiva macroeconômica, propiciando um considerável aumento das operações entre entidades empresariais nos mais diversos setores do comércio.

A realidade não se mostra diversa no que concerne ao setor de engenharia e construção. A inevitável interdependência das economias nacionais em conjunto com o processo de emancipação política e econômica dos países em desenvolvimento erguem este campo do comércio a um novo patamar. A contratação de empresas estrangeiras de engenharia passa a ser vista como uma maneira eficaz desses países modernizarem sua infraestrutura civil e industrial, sobretudo quando este processo envolve a transferência de tecnologia detida por países industrializados. Dos distintos métodos de realização de projetos que atendam a tais necessidades, destaca-se o chamado “chave na mão”, que dá lugar a celebração de chamados contratos internacionais que se utilizam da mesma expressão para que sejam identificados: os contratos internacionais “chave na mão”. É verdade que não se trata de uma denominação de todo difundida, mas a tendência, perante a doutrina comparada, é pela adoção de tal nomenclatura.

Por se tratar de uma modalidade contratual relativamente nova, a grande maioria dos sistemas nacionais não regula estes contratos de forma específica. Contudo, o desempenho de uma determinada função econômica e a existência de elementos estruturais comuns permite que os contratos “chave na mão” se individualizem no tráfico negocial internacional.

Além de localizar estes contratos perante a categoria de “contratos comerciais internacionais”, o objetivo ao qual nos propusemos ao longo do presente trabalho foi exatamente o de, em primeiro lugar, identificar os elementos capazes de individualizá-los. Depois disso, procedemos à análise do conteúdo destes contratos, terminando por considerar os métodos de resolução de litígios que dele emirjam, bem como as

implicações que cada um destes métodos pressupõe. Vejamos assim as principais conclusões que daí se retiram.

Os contratos internacionais “chave na mão” são, antes de mais nada, contratos comerciais internacionais: “comerciais” porque se tratam de contratos internacionais de Direito privado, celebrados, em nossa perspectiva, por entidades empresariais; e “internacionais” porque por alguns dos seus elementos ou alguma das suas circunstâncias se encontram em contato com mais de uma ordem jurídica e, portanto, aos menos em tese, diversos ordenamentos jurídicos se apresentam como possíveis reguladores da relação contratual, suscitando, portanto, um conflito de leis.

Quanto à sua individualização, os contratos internacionais “chave na mão” podem ser identificados pelas principais obrigações que envolvem. Neles, uma sociedade de engenharia se obriga a elaborar o projeto, executar a obra e a colocar em funcionamento uma unidade industrial em conformidade com os níveis de desempenho previamente acordados. São inerentes ainda a estes contratos prestações adicionais de serviço e de transferência de tecnologia.

Já quanto a sua natureza jurídica, se tratam de contratos, além de atípicos e inominados, bilaterais, onerosos, comutativos, consensuais, não formais, principais, pessoais e de execução continuada. Estes contratos se qualificam por sua individualidade própria, resultando em uma categoria *sui generis*, com características próprias, resultantes da autonomia de vontade de que dispõem as partes que o integram. Por possuírem características próprias que lhes permitem uma individualização perante outras modalidades contratuais, os contratos “chave na mão” não são reconduzíveis a simples contratos de compra e venda e de prestação de serviços, assim como não é possível equipará-los a contratos como os de empreitada, de trabalho, de mandato, de consórcio, de sociedade, de venda de unidades industriais e ainda de assistência técnica e de transferência de tecnologia e de *know-how*.

As razões que levam as partes a optar pela celebração destes contratos são diversas, podendo se destacar as seguintes: a maior rapidez que a concentração das prestações em uma única contraparte contratual pode representar no tempo final de execução do projeto; a simplificação das relações jurídicas e, conseqüentemente, a maior facilidade de determinação da responsabilidade em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato; a maior segurança e certeza a respeito do custo total da obra quando o mesmo é fixado em um valor global. Para além disso, pode-se ainda fazer menção à garantia de que o complexo irá funcionar conforme às finalidades

à que se propões, inclusive após a cessação obrigações da sociedade de engenharia, tendo em vista que o contrato pode prever a capacitação técnica do pessoal do cliente.

Os contratos “chave na mão” geralmente dizem respeito à realização de grandes projetos industriais e, conseqüentemente, elevadas quantias monetárias são envolvidas. Tendo em vista a possibilidade das partes não possuírem capital suficiente para, por si só, garantir o pagamento ou a realização das suas prestações, faz-se necessário o recurso a algum método de financiamento. Por serem as partes entidades privadas, os meios de financiamento à disposição são mais restritos, podendo-se, para tanto, recorrer à obtenção de crédito junto às instituições financeiras.

O conteúdo específico dos contratos “chave na mão” é variável, tendo em vista, sobretudo, que se tratam de contratos celebrados por entidades privadas no gozo da mais ampla autonomia da vontade que lhes é atribuída. A inexistência ou escassez de regulações internas ou convencionais a respeito destes contratos impulsionam o exercício do poder autonormativo dos operadores do comércio internacional. Isso se traduz na elaboração de modelos contratuais, condições gerais e guias de contratação elaborados pelas associações profissionais ou organizações internacionais. Dentre estes instrumentos, destacamos um elaborado pela FIDIC (*Conditions of Contracts for EPC/Turnkey projects (Silver Book)*) e um elaborado pela CCI (*ICC Model Contract for Major Turnkey Projects*). Ainda que adotem estes modelos, as partes ainda poderão adaptá-los e modificá-los de acordo com as suas necessidades e interesses. No entanto, eles servem como uma boa base para o estudo destes contratos, uma vez que contêm aquelas cláusulas mais comuns que podem ser encontradas nos contratos internacionais “chave na mão”.

Neste contexto, passamos a identificar as obrigações das partes no contrato “chave na mão”.

A obrigação principal que assume o cliente em um contrato “chave na mão” é a de pagar o preço acordado, podendo ainda estar prevista em contrato e necessidade de apresentação de garantias prévias de pagamento. Para além disso ainda lhe são atribuídos deveres gerais de cooperação e de descrição. Há ainda, um rol de deveres adicionais que poderão se apresentar em maior ou menor medida dependendo das circunstâncias do contrato, como o dever de garantia de acesso e de posse sobre o local da obra; o dever de assistência na obtenção de permissões e licenças exigidas pela legislação do local da obra e necessárias para a construção.

Não obstante, são as obrigações da sociedade de engenharia que individualizam e caracterizam estes contratos. Neste contexto, há um trio de obrigações que se destaca.

A primeira delas, em uma ordem cronológica, é a de concepção do projeto. Esta obrigação não se traduz apenas na elaboração do *desenho* isoladamente considerado, mas abrange também estudos preliminares que se mostrem necessários. Desde este momento já se nota uma vinculação da obrigação com o resultado final almejado pelo projeto como um todo, sendo a sociedade de engenharia responsável por qualquer falha de concepção que afete o funcionamento final da instalação.

A segunda destas obrigações é a de execução da obra, caracterizando-se como o dever da sociedade de engenharia de construir materialmente a instalação pretendida dentro daqueles parâmetros estipulado na avença contratual. Geralmente, o fornecimento dos materiais necessários à execução da obra, bem como o transporte destes até o destino final ficam a cargo da sociedade de engenharia. Também aqui, e esta já é uma realidade perante a maioria dos contratos de engenharia, a contratação de mão de obra fica a cargo da parte contratada. A obrigação de executar a obra assume grande relevância nestes contratos, uma vez que se trata da sua prestação característica e que, portanto, permite individualizar o contrato. A definição de tal obrigação como a *prestação característica* do contrato irá atuar de forma decisiva no que se refere à fixação da competência internacional para resolver litígios advindos do contrato, bem como para delimitar o Direito aplicável ao mérito destes litígios.

Para fechar a tríade de obrigações principais da sociedade de engenharia, cumpre a esta assegurar a aptidão funcional da instalação industrial, colocando o projeto em efetivo funcionamento de acordo com as especificações do contrato. A verificação de cumprimento desta obrigação se dá através da efetiva colocação em funcionamento da instalação industrial, medindo-se, a partir daí, os níveis de desempenho atingidos pela unidade e se eles satisfazem aqueles parâmetro estabelecidos no contrato.

A este rol de obrigações que identificam os contratos “chave na mão” há que se incluir ainda a transferência de tecnologia, uma vez que o fim perseguido por estes contratos fatalmente pressupõe a transmissão de técnicas e conhecimentos protegidos por direitos de propriedade industrial. Inserem-se aí também a transmissão de *know-how* e o treinamento do pessoal do cliente, desde que previstos no contrato. A importância desta prestação perante os contratos de engenharia global é de tal amplitude que alguns autores chegam a considerar que, numa perspectiva econômica, estes se tratam de verdadeiros contratos de transferência de tecnologia de um país para outro.

Para além das cláusulas que determinam a extensão das obrigações que individualizam os contratos aqui visados, outras cláusulas, comuns a um grande número de contratos comerciais internacionais, assumem algum viés específico quando inseridas no contexto destes contratos. Vejamos algumas delas.

Pode-se dizer que a inserção de uma cláusula de força maior é imprescindível em contratos “chave na mão”, levando-se em conta duas razões principais: os contratos em vista são de execução duradoura o que os torna suscetíveis à ocorrência de eventos supervenientes que impeçam, ainda que temporariamente, a continuidade da execução do contrato; em outro viés, estes contratos, por estabelecerem laços com países menos desenvolvidos, estão também sujeitos à instabilidades político-econômicas que nestes países se mostram, ao menos em teoria, mais frequentes. Talvez por isso os modelos contratuais considerados ao longo do trabalho tenham dado atenção particular a estas cláusulas, sugerindo grande detalhamento em sua redação. O conteúdo destas cláusulas previne que as partes sejam injustamente prejudicadas frente a ocorrência de eventos ou circunstâncias especiais que fujam ao seu controle e que afetem substancialmente o regular cumprimento das prestações contratuais. A solução apontada nestas cláusulas prevê a suspensão do contrato enquanto perdurarem os efeitos de tais eventos ou mesmo a sua resolução nos casos em que não seja possível contorná-los mesmo as partes empreendendo seus melhores esforços para tanto. . A tendência é que invocação da força maior somente ocorra em casos de eventos ou circunstâncias efetivamente irresistíveis e imprevisíveis, o que só se poderá comprovar mediante a análise das circunstâncias do caso concreto.

Não se deve confundir as cláusulas de força maior com as cláusulas de *hardship*. Está em causa nesta última a alteração das circunstâncias que rodeavam o contrato originalmente, tornando o contrato excessivamente oneroso para uma das partes e comprometendo o equilíbrio econômico inicialmente estabelecido. A sua aplicação também gera efeitos diversos, tendo em vista que sugerem um dever de renegociação do contrato e não, ao menos em um primeiro momento, de suspensão ou resolução.

O caráter complexo e evolutivo dos projetos “chave na mão” ainda dá lugar a outro tipo de previsão contratual relativa a alterações circunstanciais que podem ser experimentadas ao longo da sua execução. Tratam-se das *cláusulas de modificação*, consagradas pela expressão anglo-saxã “*variation clauses*”. As modificações a que se referem estas cláusulas são aquelas prestações não incluídas inicialmente no contrato e nem no preço determinado no mesmo, mas que por alguma razão ganham relevância, ao

menos na visão de alguma das partes. Na realidade, procura-se com esta cláusula a manutenção de uma certa prerrogativa de interferência do cliente no contrato. Lembre-se que nestes contratos há uma relativa diminuição do poder de condução da execução do projeto por parte do cliente. Portanto, é justificável a inclusão no contrato de cláusulas que lhe permitam solicitar alterações do projeto ou da execução da obra. Naturalmente, a introdução de ajustes considerados pertinentes pelo cliente acarretam em acréscimos nos custos do projeto, podendo a sociedade de engenharia reclamar o ajuste do preço fixado no contrato. Não havendo acordo entre as partes, dever-se-á recorrer aos meios de solução de litígios previsto na aença contratual.

Uma vez concluída a execução material da unidade industrial, incumbe ao cliente aceitar ou não a instalação. A *praxi* internacional em contratos como os “chave na mão”, levando em conta a complexidade, dimensão e os valores envolvidos nestes contratos, sugere que este processo de aceitação ocorra de forma gradual, dividindo-se em um momento de *aceitação provisória* e um de *aceitação definitiva*. O processo de aceitação da instalação por parte do cliente pressupõe a realização de testes que comprovem a aptidão da unidade industrial de acordo com os níveis de desempenho exigidos em contrato. A aceitação provisória terá lugar quando os testes demonstrarem que a performance da instalação condiz com os índices de produção previamente ajustados. Isto não exime por completo a sociedade de engenharia das suas obrigações, tendo em vista que esta permanecerá responsável, por um determinado período de tempo, pelos vícios ocultos que se manifestem ao longo do efetivo funcionamento da instalação. Note-se que com a recepção provisória da instalação já há transferência ao cliente da propriedade e dos riscos inerentes ao seu funcionamento, dando-se início a um período de garantia nos termos já mencionados. Após a aceitação provisória é possível que o cliente, assistido pela sociedade de engenharia, utilize seu próprio pessoal para realizar testes de rendimento, sobretudo para testar níveis de qualidade e quantidade de produção. São os chamados “*tests after completion*”, nos quais a sociedade de engenharia assume uma obrigação de meios e não mais de resultados.

É importante notar que nos contratos “produto na mão” e “mercado na mão” as obrigações da sociedade de engenharia se prolongam para além das acima referidas, e pressupõe, em maior ou menor medida, a exploração comercial da unidade industrial sob gestão desta última.

A complexidade das obrigações envolvidas nos contratos internacionais “chave na mão” os torna propensos ao surgimento de litígios. Ao mesmo tempo, fatores como a

complexidade técnica dos litígios que vierem a surgir e a necessidade de soluções rápidas e eficientes para que não se prejudique em demasia a continuidade da realização da unidade industrial reclamam meios adequados de solução de diferendos. Não obstante, isto não resume o nosso estudo apenas aos meios mais modernos de solução de litígios, uma vez que não se descarta a possibilidade de se recorrer aos tribunais Estaduais para solução de disputas.

Tendo em vista que os contratos que aqui temos em vista possuem caráter internacional e que, em princípio, suscitam problemas de determinação da competência internacional e de designação do Direito aplicável ao fundo da causa, procuramos abordar estas questões sob as perspectivas da arbitragem e da litigação perante os tribunais estaduais.

Não havendo a estipulação de uma convenção de arbitragem entre as partes, os tribunais estaduais serão naturalmente chamados a resolver os litígios que advenham do contrato. Neste contexto, a primeira indagação que se põe é a de determinação dos tribunais internacionalmente competentes para resolver o litígio, invocando-se, para tanto, as regras de Direito Internacional Privado. Perante a ordem jurídica vigente em Portugal e no Brasil, as obrigações inseridas em um contrato “chave na mão” não induzem a aplicação de regras de competência exclusiva. Assim, em primeiro lugar, perante ambos os ordenamentos jurídicos em causa, deve-se observar se há no contrato uma cláusula de eleição de foro. Em caso positivo, e desde que esta cláusula seja válida de acordo com os critérios estabelecidos em cada país, serão competentes os tribunais do Estado designado convencionalmente pelas partes. Não havendo tal estipulação, a competência será atribuída conforme regras gerais e especiais de fixação de foro. A primeira delas consagra os tribunais do foro do domicílio do réu como internacionalmente competentes. Para efeitos de aplicação desta regra, ter-se-á que determinar o domicílio da pessoa jurídica de acordo com a legislação de cada Estado. De forma concorrente, também serão competentes os tribunais do lugar onde a obrigação tenha de ser cumprida. No caso português, o Regulamento Bruxelas I consagra critérios específicos de fixação do lugar de cumprimento das obrigações referentes aos contratos de venda e de prestação de serviços, conceituando ambos os contratos de forma muito ampla. A nosso ver, os contratos internacionais “chave na mão” poderão ser inseridos em uma destas duas categorias contratuais para efeitos de aplicação do Regulamento. Independente de qual seja a categoria específica em que forem incluídos, a solução final será a mesma, prevalecendo o local do cumprimento da

prestação característica dos contratos chave na “mão”: o local da execução da obra. Já no Brasil, a jurisprudência tem entendido que a obrigação que se deve ter em conta para fixação do seu local de cumprimento é a obrigação principal e não a acessória. No entanto, este critério pode suscitar algumas dúvidas quanto a sua aplicação no caso concreto, pelo que entendemos que o critério da prestação característica seria o mais adequado para solucionar o problema.

Quanto á determinação do Direito aplicável ao mérito da causa nos litígios submetidos à apreciação dos tribunais estaduais, releva para nosso estudo, principalmente, a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, no caso português, e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no caso brasileiro. No primeiro caso, consagra-se a regra de autonomia da vontade, cabendo às partes escolher o Direito que regulará a relação contratual. Não havendo tal estipulação, regerá o contrato a lei do país com o qual apresente a conexão mais estreita. Mais uma vez, o critério da prestação característica do contrato parece ser mais hábil para determinar qual o país que possui laços juridicamente mais relevantes com a relação contratual. Já no Brasil, a liberdade de escolha das partes na determinação do Direito aplicável é fonte de debate jurisprudencial e doutrinário, tendo em vista que não há previsão expressa na lei que a autorize. A posição majoritária entende que a regra do art. 9º da LINDB é norma cogente, não podendo as partes alterá-lo, apesar disso não ser inteiramente respeitado na prática da celebração de contratos comerciais internacionais. De qualquer maneira, não sendo possível a determinação do Direito aplicável pelas partes, a relação contratual será regida pela lei do local da celebração do contrato. Na dúvida quanto a identificação do local da celebração do contrato, prevalecerá a regra segundo a qual o contrato se considera celebrado no local em que foi proposto.

Quando houver uma convenção de arbitragem celebrada entre as partes, a situação se mostra em outra figura, principalmente em relação ao Direito brasileiro. Ao contrário do que ocorre na LINDB, a lei brasileira de arbitragem prevê expressamente a possibilidade das partes escolherem o Direito aplicável ao mérito da causa. O mesmo critério é seguido pela nova lei de arbitragem voluntária portuguesa. Na falta de designação pelas partes, nos termos da lei portuguesa, o tribunal arbitral aplicará o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita, o que representa um sensível retrocesso em relação a lei de arbitragem voluntária que a antecedeu, a qual previa, para este caso, a aplicação da “regras mais apropriadas ao litígio”. No Brasil, a lei de arbitragem não determina qual o critério a ser seguido na

falta de convenção das partes. Isso porque não há na lei 9.307/96 qualquer menção relativa ao poder dos árbitros de escolher o direito aplicável e muito menos quais as diretrizes em que tal escolha deverá ser pautada. Seguimos aqui o entendimento de que, nestes casos, o árbitro será livre para determinar o direito aplicável ao mérito do litígio, baseando-se para tanto no critério das “regras mais apropriadas ao litígio”.

Por último, houve tempo ainda para considerar os métodos alternativos de resolução de litígios que se mostram especialmente adequados aos contratos internacionais “chave na mão”.

Neste sentido, destacam-se a mediação/conciliação e os *Dispute Boards*. Ambos parecem conviver pacificamente com a arbitragem como meios de resolução de litígios emergentes de contratos internacionais “chave na mão”.

Os *Disput Boards*, no entanto, se mostram ainda mais importantes neste contexto, tendo em vista sua especial aplicação aos contratos internacionais de engenharia, especialmente em seu modelo de *adjudicação*. A maior proximidade que os *Dispute Boards* possuem relativamente à execução do contrato permite que sejam alcançadas soluções mais individualizadas e mais coerentes com as circunstâncias que envolvem a realização da unidade industrial. Busca-se através deste método não apenas solucionar os litígios, mas também evitar que surjam.

De forma muito sintética, as principais conclusões alcançadas ao longo deste trabalho servem para se estabelecer um panorama geral a respeito dos contratos internacionais “chave na mão”. Como repetidamente afirmado, a real formatação destes contratos poderá variar caso a caso, uma vez que, num campo onde a autonomia da vontade prevalece, os interesses e as necessidades das partes é que ditam as regras do “jogo”.

A tendência é que o estudo destes contratos passe a ganhar cada vez mais destaque na doutrina e na jurisprudência, mantendo-se aceso o debate jurídico a seu respeito e contribuindo sobremaneira para a análise jurídica da matéria.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de; e Miguel Assis RAIMUNDO

2012 – *Direito das Obrigações: Contratos em Especial, vol. II: Contratos de Empreitada*, Edições Almedina S.A, Coimbra.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.)

2004 – *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*, Aduaneira, São Paulo.

ANDERSON, Perry

1995 - *Balanço do neoliberalismo*, in Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático, SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro.

ARAÚJO, Fernando

2002 - *Introdução à Economia*, Livraria Almedina, Coimbra.

2007 - *Teoria Económica do Contrato*, Editora Almedina, Coimbra.

ARAÚJO, Nadia de

2003 - *Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira*. Editora Renovar, Rio de Janeiro.

BAKER, Ellis, Bem MELLORS; Scott CHALMERS; Anthony LAVERS

2009 - *Fidic Contracts: Law and Practice*. White & Case, London

BAPTISTA, Luis Olavo

2010 – *Contratos Internacionais*, Lex Editora, São Paulo.

BAPTISTA, Luis Olavo e PRADO, Maurício Almeida (org.)

2013 – *Construção Civil e Direito*, Lex Editora, São Paulo.

BARROCAS, Manuel Pereira

2010 - *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra

BASSO, Maristela

2002 – *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*, 3ª Edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

2011 – *Curso de Direito Internacional Privado*, Editora Atlas, São Paulo.

BERMAN, Harvey W

1999 - *Understanding Project Delivery Methods*, publicado originalmente no ALI-ABA's *The Practical Real Estate Lawyer*, Volume 15, Número 2, Março de 1999. Também disponível em <<http://library.findlaw.com/1999/Mar/1/130549.html>>.

BLACKABY, Nigel; David LINDSEY; e Alessandro SPINILLO (editors)

2002 – *International Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, The Hague.

BLACKABY, Nigel; Constantine PARTASIDES; Alan REDFERN; e Martin HUNTER

2009 – *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press.

BOGGIANO, Antonio

1995 – *Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires.

BORTOLOTTI, Fábio

2001 - *Manuale di diritto commerciale Internazionale*, vol. 1: Diritto dei contratti internazionali, 2ª Ed., CEDAM, Padova.

BRIGGS, Adrian

2008 – *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press.

BRITO, Maria Helena

2004 - *Direito do Comércio Internacional*, Livraria Almedina, Coimbra.

BIUKOVIC, Ljiljana

2001- *International Commercial Arbitration in Cyberspace: recent developments*. 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 319.

CAPRASSE, Olivier

2006 - *A Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragem Multiparte*, Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 8.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; e Javier Carrascosa GONZÁLEZ

2004 - *Derecho Internacional Privado Volumen I*, Quinta Edición, Editorial Comares, Granada.

CASTRO, Amílcar de

2002 – *Direito Internacional Privado*, 5ª ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha, Editora Forense, Rio de Janeiro.

CHAPMAN, Peter

2011 - *Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*, DRBF Conference Brussels.

CHERN, Cyril

2010 – *The Law of Construction Disputes*, Informa Law, London.

COSTA, Mário Júlio de Almeida

2001 - *Direito das Obrigações*, 9ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes

1897 - *Da abertura de concurso para a celebração de um contrato no direito privado*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, Lisboa.

2004 – *Manual de Direito das Sociedades, Vol I: Das Sociedades em Geral*, Livraria Almedina, Coimbra.

CRETELLA NETO, José

2010 – *Contratos Internacionais do Comércio*, Millenium Editora, Campinas – São Paulo.

CUNHA JÚNIOR, Walner Alves

2010 - *A Validade das Cláusulas de Não Indenizar*, in *Direito e Infraestrutura*, Leonardo Toledo da Silva (coord.), Editora Saraiva, São Paulo.

DE CAZALET, Bruno

2011 - *The Model turnkey contracts published by the International Chamber of Commerce and their positioning compared to FIDIC contracts: contract for the turnkey supply of an industrial plant (2003) and turnkey contracts for major projects (2008)*, in *International Business Law Journal*, Westlaw UK, Sweet & Maxwell, London.

DINIZ, Maria Helena

2006 – *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, volumes 3 e 4, 6ª ed., Editora Saraiva, São Paulo.

DOLINGER, Jacob

2005 – *Direito Internacional privado: parte geral*, 3ª Edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro.

ESPÍNOLA, Eduardo; e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo

1942 - *Direito Internacional Privado Brasileiro: Parte Especial*, Livraria Editora Freitas Bastos, São Paulo

FARIA, José Eduardo

2004 - *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., 4ª tiragem, Editora Malheiros, São Paulo.

FENTIMAN, Richard

2010 – *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford.

FERREIRA, Eduardo Paz; e João ATANÁSIO

2004 – *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico, vol I: Comércio Internacional*, Livraria Almedina, Coimbra.

FONTAINE, Marcel; Filip DE LY

2009 - *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga

2002 - *A lei e o foro de eleição em tema de Contratos Internacionais*, in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais. 3 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John

1999 - *Fouchard Gaillard Goldman On International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands.

GOMES, Orlando

1999 - *Contratos*, atualizado por Humberto Theodoro Júnior, 18ª Ed., 3ª tiragem, Editora Forense, Rio de Janeiro.

HILL, C.W.L

2005 - *International business with global resource CD, PowerWeb and World Map*. New York: McGraw Hill.

HOFFMAN, Scott L

2008 - *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge University Press.

HUSE, Joseph H.

2002 - *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, Sweet & Maxwell, 2ª Ed., London.

JAEGER, Axel – Volkmar; e GOTZ, Sebastian Hok

2010 – *FIDIC – A Guide for Practitioners*, Springer Berlin Heidelberg.

JACQUET, Jean-Michel; e DELEBECQUE, Philippe

2002 – *Droit du Commerce International*, 2º ed., Dalloz, Paris.

JATAHY, Vera Maria Barrera

2003 – *Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, 1ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro.

JENKINS, Jane; e Simon STEBBINGS

2006 - *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, BT, The Netherlands.

LEE, João Bosco

2002 – *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, 1ª Ed, 3ª tir., Juruá Editora, Curitiba.

LESGUILLONS, Henry (org.)

1985 – *As garantias bancárias nos contratos internacionais*; versão brasileira, organizada e anotada por Luis Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro, Editora Saraiva, São Paulo.

LE TOURNEAU, Philippe

2003 – *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle: Contrats internationaux, contrats clés en main, co-traitance, sous-traitance, joint venture*, Éditions Du Juris-Classeur, Paris.

LORENZETTI, Ricardo Luis

2004 - *Tratado de los contratos: parte general*, 1ª Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé.

MAGNUS, Ulrich; Peter MANKOWSKI (ed.)

2007 – *Brussels I Regulation*, European Commentaries on Private International Law, Sellier, European Law Publishers.

MARCONDES, Antonio Fernando Mello

2013 - *Os Dispute Boards e os Contratos de Construção*, in *Construção Civil e Direito*, Lex Editora, São Paulo.

MARTINEZ, Pedro Romano

2006 – *Da Cessação do Contrato*, 2ª ed., Edições Almedina S.A, Coimbra.

MARZORATI, Osvaldo J.

2003 – *Derecho de los negocios internacionales*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.

MENDELBLAT, Michael; Emma KRATOCHVILOVA

2012 - *Force Majeure Clauses*, in *Construction Law Journal*, Westlaw UK, Sweet & Maxwell, London.

MIRANDA, Pontes de

2000 - *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II: arts. 46 a 153*, 3ª ed. rev. E aumentada, atualização legislativa de Sergio Bermudes, Editora Forense, Rio de Janeiro.

2000 - *Tratado de direito privado: parte geral – Tomo III*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª Ed, Editora Bookseller, Campinas/SP.

MONTEIRO, Washington de Barros

2007 - *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 2ª Parte, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, Ed. Saraiva, São Paulo.

MOORE, Christopher W

1998 - *Processo de Mediação*, 2ª. ed., Ed. Artmed, Porto Alegre.

MOUSSERON, Jean Marc

1998 - *Technique Contractuelle*, Éditions Juridiques Lefebvre, Paris

MURRAY, Carole; David HOLLOWAY; e Daren TIMSON-HUNT

1999 - *Schmitthoff's Export Trade – The Law and Practice of International Trade*, Eleventh Edition, Sweet & Maxwell, London.

NARDI, Marcelo de.

2002 - *Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma visão brasileira*, in *Contratos Internacionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

O'REILLY, Michael

1999 - *Civil Engineering Construction Contracts*, 2nd Edition, Thomas Telford Publishing, London.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto

2011 - *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra.

OPPETIT, Bruno

1998 – *Théorie de l'arbitrage*, 1ª édition, Presses Universitaires de France, Paris.

PAULIN, Luiz Alfredo R. da S

1994 - *Contribuição ao estudo dos contratos internacionais de know-how* - Tese de doutorado , São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva

2003 - *Instituições de Direito Civil*, III, 11ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro.

PINHEIRO, Luís de Lima

2003 - *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Editora Almedina, Coimbra.

2004 - *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem*, in Estudos de Direito Comercial, Vol. I, Almedina.

2005 (a) – *Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena Sobre a Venda Internacional de Mercadorias, Arbitragem Transnacional*, Almedina, Coimbra.

2005 (b) – *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra.

2005 (c) – *Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Económica: Relatórios sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito Comercial Internacional*, Coimbra Editora.

2006 – *Estudos de Direito Internacional Privado: Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Edições Almedina, Coimbra.

2008 - *Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet*, in Direito da Sociedade da Informação, vol. VII, Coimbra Editora.

2012 – *Direito Internacional Privado Volume III: Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2ª ed. refundida, Edições Almedina, Coimbra.

PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos

1990 – *Cláusula Penal e Indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra.

RAMOS, Rui Manuel Moura

2002 – *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra.

RECHSTEINER, Beat Walter

2003 – *Direito internacional privado: teoria e prática*, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo.

RODAS, João Grandino (coord.)

2002 – *Contratos Internacionais*, 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

RODRÍGUEZ, Aurora Hernández

1997 – *Los Contratos Internacionales de Construcción “Llave en Mano”*, in Alfonso L. Calvo Caravaca/Luis Fernández de La Gándara (ED.), *Contratos Internacionales*, p. 1743 e ss, Madrid.

RODRIGUES, Sílvia

2003 – *Direito Civil Vol. 4: Responsabilidade Civil*, 20ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo.

ROPPO, Enzo

1988 - *O Contrato*, Editora Almedina, Coimbra.

ROSE, Greg

2009 - *Order out of chaos: finding your way around construction contracts*, in Legal Information Management, Westlaw UK, Cambridge University Press.

ROZAS, José Carlos Fernández (ed.)

1996 – *Derecho del comercio internacional*, Editorial EUROLEX, S.L, Madrid.

ROZAS, José Carlos Fernández; Rafael Arena GARCIA e Pedro Alberto de Miguel ASENSIO

2011 - *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª Ed., Editora Iustel, Madrid.

RUGGIERO, Roberto de

2005 - *Instituições de Direito Civil*, 2ª Ed., Editora Bookseller, Campinas/SP.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos

2005 – *Sobre o Conceito de Contrato Internacional*, Separata – Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Almedina, Coimbra.

2009 - *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado – Uma aplicação: os Contratos Internacionais de Engenharia Global*, Almedina, Coimbra.

SCHNEIDER, Michael E.

1986 - *Turnkey Contracts - Concept, Liabilities, Claims*, in International Construction Law Review, Lloyd's of London press ltd, (1985-86) 3 I.C.L.R.

SILVA, Clovis V do Couto e

1992 - *Contrato de "engineering"*, in Revista de informação legislativa, v.29, nº 115, p. 509-526, jul./set. de 1992, Brasília.

SLAIKEU, Karl A

2004 - *No Final das Contas: um manual prático para mediação de conflitos*, Ed. Brasília Jurídica, Brasília.

STRENGER, Irineu

1999 – *Contratos Internacionais do Comércio*, 3ª Edição, Editora LTr, São Paulo.

2003 (a) - *Contratos Internacionais do Comércio*, 4ª Edição, Editora LTr, São Paulo.

2003 (b) - *Direito Internacional Privado*, 5ª Edição, Editora LTr, São Paulo.

TAKAHASHI, Koji

2002 - *Jurisdiction in Matters Relating to Contract: Article 5(1) of the Brussels Convention and Regulation*, in *European Law Review*, Sweet & Maxwell, London, p. 530/550.

TELES, Eugénia Galvão

2004 - *Determinação do Direito material aplicável aos contratos internacionais. A Cláusula da conexão mais estreita*, in *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra.

TELES, Inocêncio Galvão

1989 - *Direito das Obrigações*, 6º ed., Coimbra Editora, Coimbra.

TIBÚRCIO, Carmen

2006 - *Temas de Direito Internacional*. Editora Renovar, Rio de Janeiro.

VALLADÃO, Haroldo

1955 - *Direito Internacional Privado*, vol. II, Ed. XXX, Cidade XX

VARELA, João de Matos Antunes

1998 - *Das Obrigações em Geral – Volume I*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de

2006 - *Economia: micro e macro*, 4ª Ed., Editora Atlas, São Paulo.

VASCONCELOS, Pedro Pais de

1995 – *Contratos Atípicos*, Dissertação de Doutoramento, Editora Almedina, Coimbra.

VENOSA, Sílvio de Salvo

2008 - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8ª ed., Editora Atlas, São Paulo.

2009 (a) – *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. 2, 9ª ed., Editora Atlas, São Paulo.

2009 (b) – *Direito Civil: Contratos em Espécie*, Vol. 3, 9ª Edição, Editora Atlas, São Paulo.

VICENTE, Dário Moura

2001 - *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra.

2002 – *Direito Internacional Privado: Ensaios I*, Almedina, Coimbra.

2004 – *A Formação dos Contratos Internacionais*, separata de “Estudos de Direito Comercial Internacional – vol. 1”, Almedina, Coimbra.

WALD, Arnold

2004 – *Obrigações e Contratos*, 16ª ed., revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz, Editora Saraiva, São Paulo.

WALLACE, I.N.D.

1986 - *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, Sweet & Maxwell, London.